



저작자표시-비영리-변경금지 2.0 대한민국

이용자는 아래의 조건을 따르는 경우에 한하여 자유롭게

- 이 저작물을 복제, 배포, 전송, 전시, 공연 및 방송할 수 있습니다.

다음과 같은 조건을 따라야 합니다:



저작자표시. 귀하는 원저작자를 표시하여야 합니다.



비영리. 귀하는 이 저작물을 영리 목적으로 이용할 수 없습니다.



변경금지. 귀하는 이 저작물을 개작, 변형 또는 가공할 수 없습니다.

- 귀하는, 이 저작물의 재이용이나 배포의 경우, 이 저작물에 적용된 이용허락조건을 명확하게 나타내어야 합니다.
- 저작권자로부터 별도의 허가를 받으면 이러한 조건들은 적용되지 않습니다.

저작권법에 따른 이용자의 권리는 위의 내용에 의하여 영향을 받지 않습니다.

이것은 [이용허락규약\(Legal Code\)](#)을 이해하기 쉽게 요약한 것입니다.

[Disclaimer](#)

법학석사 학위논문

민간투자법상 공법상 계약과
행정처분의 관계에 관한 연구

2018년 8월

서울대학교 대학원
법학과 행정법전공
권 주 연

민간투자법상 공법상 계약과 행정처분의 관계에 관한 연구

지도교수 이 원 우

이 논문을 법학석사 학위논문으로 제출함
2018년 8월

서울대학교 대학원
법학과 행정법전공
권 주 연

권주연의 석사 학위논문을 인준함
2018년 8월

위 원 장 _____ (인)

부위원장 _____ (인)

위 원 _____ (인)

국문초록

현대사회에서는 공법상 계약과 행정처분이 혼용되거나 혼재하는 경우가 잦은데, 사회기반시설에 대한 민간투자법(이하 ‘민간투자법’으로 약칭)이 그 대표적인 예라고 할 수 있다. 민간투자법은 사회기반시설의 설치·운영에 관한 업무를 민간에 위탁하여 그 창의성과 효율성을 도모하도록 하되, 여전히 공공성을 확보하기 위한 각종 규율을 가하고 있다.

사회기반시설사업은 주무관청과 민간투자자 사이에 체결되는 실시협약을 기본 전제로 하고 있다. 실시협약은 대등한 당사자 사이에서 이루어진 계약의 형태를 띠고 있기는 하나, 공법상의 법률관계에 관한 것으로서 민간투자법령상 다양한 공법적 규율이 이루어지고 있으므로, ‘사법상 계약’과는 구분되는 ‘공법상 계약’으로 파악함이 타당하다.

주무관청이 민간투자법상 사회기반시설사업의 시행 수단으로 공법상 계약이라는 작용형식을 선택하였다 하더라도, 그 계약의 체결 및 채무의 이행 과정에서 다양한 행정처분이 개입할 수 있다. 공법상 계약에 개입하는 행위 중 어떠한 것을 행정처분으로 파악할 것인지, 공법상 계약과 행정처분이 작용형식과 적용원리를 달리함으로 인하여 발생할 수 있는 분쟁은 무엇이고, 그 해결방안으로는 어떤 것들이 있는지 등의 쟁점은 공법상 계약과 행정처분의 관계에 관하여 이론적으로도 흥미로운 시사점을 제시할 뿐만 아니라, 실무상으로도 충분히 연구되어야 할 필요성이 있다.

우선 공법상 계약의 체결 과정에서 특정 계약 상대방을 배제하거나 우선적 협상 대상으로 선정하는 행위가 있다. 실시협약 체결 이전의 참가자격 제한이나 우선협상대상자 지정행위는 단순한 사적 자치나 사실행위가 아닌 행정처분으로 파악할 수 있다. 이를 항고소송으로 다룰 수 있도록 함으로써 단계적 행정작용의 공공성과 투명성을 확보하고, 사업시행자로 지정되고자 하는 자의 권리를 보장하며, 절차가 무익하게 반복되는

것을 방지할 수 있다.

다음으로 공법상 계약의 체결행위 자체를 행정처분으로 보는 경우가 있다. 민간투자법은 실시협약의 체결로써 사업시행자를 지정한다고 규정하고 있다. 실시협약 체결행위와 사업시행자 지정행위는 사회통념상 계약의 체결이라는 1개의 행위로 이루어져 있으나, 독일의 2단계론이나 프랑스의 분리가능한 행위이론이 시사하는 바와 같이 계약체결에 나아가는 행위를 별개의 행정처분으로 인정하여 항고소송으로 다투도록 할 필요성이 있다. 그런데 공법상 계약과 행정처분이 사회통념상 1개의 행위 안에 혼재하는 경우, 각 행정작용의 형식, 근거, 특성, 위법성 판단의 기준, 쟁송방식, 제소기간 등이 달라 양자의 불일치를 둘러싼 다양한 문제가 발생할 수 있다. 작용형식을 달리하는 행정작용이 당연히 효력을 같이한다고 보기는 어렵지만, 양자는 동일한 행정목적을 달성하기 위한 것으로서 그 운명을 달리 볼 실익이 없으므로, 양자의 위법성이나 효력에 관한 판단이 조화롭게 이루어지도록 하는 해석방법이 바람직하다.

공법상 계약의 체결 이후에 채무의 이행을 위한 행정처분이 이루어지기도 한다. 사업시행자는 실시협약 체결 이후에 주무관청으로부터 실시계획 승인을 받아 그에 따라 사업시행을 시행하고 준공확인을 받아야 한다. 그런데 실시협약과 불일치하는 내용의 실시계획 승인이 이루어지는 경우 공법상 계약과 행정처분이 충돌하는 문제가 발생한다. 실시협약과 실시계획 또한 별개의 행정작용이지만, 동일한 행정목적을 추구하는 단계적 행정작용인 점과 행정처분의 공정력 등의 특성을 중시하여 후행 행정처분인 실시계획이 공법상 계약인 실시협약에 우선한다고 봄이 타당하다. 실시협약상 채무의 이행, 즉 사회기반시설사업의 시행은 실시계획 승인을 전제로 한다는 점에서 실시협약상 채무는 실시계획 승인 조건부 채무로 보아야 한다.

마지막으로, 민간투자법이 단계적 행정작용을 전제로 하는 만큼 하자의 승계나 근거법령 변경으로 인한 문제가 발생할 수 있다. 공법상 계약과 행정처분 상호 간의 하자 승계는 인정하기 어려우나, 선행 행정작용

의 하자가 후행 행정작용에 영향을 미치는 경우, 후행 행정작용 자체의 하자로 볼 수 있는 경우는 있을 것이다. 단계적 행정작용의 근거법령은 각 행정작용 당시에 시행되는 법령을 기준으로 하는 것이 원칙이나, 각 행정작용이 하나의 목적을 달성하기 위하여 긴밀하게 연결되어 있는 점을 고려할 때 신뢰보호원칙 등에 비추어 이전 행정작용 당시의 법령이나 기존의 행정작용을 존중하여야 할 필요도 있다.

주요어 : 사회기반시설에 대한 민간투자법, 실시협약, 사업시행자 지정,
실시계획 승인, 공법상 계약, 행정처분

학 번 : 2010-21319

목 차

제1장 서론	1
제1절 연구의 배경 및 목적	1
제2절 연구의 범위 및 방법	3
제2장 민간투자사업의 기본이 되는 공법상 계약과 그에 선행하는 행정처분: 실시협약과 참가자격제한, 우 선협상대상자 지정	5
제1절 민간투자법 개괄	5
제2절 민간투자법의 기본이 되는 공법상 계약: 실시협약	7
1. ‘공법상 계약’의 의의	7
2. 공법상 계약과 사법상 계약의 구별실익	8
3. 구별기준에 관한 학설	9
(1) 국내의 학설	9
(2) 외국의 학설	10
4. 민간투자법에 의한 실시협약의 해석	11
제3절 공법상 계약과 행정처분	13
1. 문제의 제기	13
2. 행정처분의 의의	14
(1) 행정행위와 행정처분	14
(2) 현행법상 행정처분	15

(3) 소결	16
3. 행정처분과 공법상 계약의 구별	16
(1) 개념징표의 측면	16
(2) 행정처분의 특수성 측면	17
(3) 행정처분의 기능 측면	19
제4절 민간투자사업 참가자격제한	19
1. 관련규정 및 의의	20
(1) 관련규정	20
(2) 의의	21
2. 행정처분으로서의 특성	21
3. 판례의 태도	21
제5절 우선협상대상자 지정	22
1. 관련규정 및 의의	22
(1) 관련규정	22
(2) 의의	22
2. 행정처분으로서의 특성	23
3. 판례의 태도	23
4. 우선협상대상자 지정 거부행위	24
5. 우선협상대상자 지정행위 또는 거부행위에 관한 쟁송	25
제6절 소결	27

제3장 실시협약 체결과 혼재하는 행정처분:

사업시행자 지정 29

제1절 문제의 제기	29
------------------	----

제2절 사업시행자 지정행위의 처분성	30
---------------------------	----

1. 서론	30
2. 공법상 계약과 행정처분의 중첩에 관한 외국의 이론	31
(1) 독일의 2단계론 등	31
(2) 프랑스의 분리가능한 행위이론	33
3. 우리나라의 학설과 판례	34
(1) 학설	35
(2) 판례	35
4. 사업시행자 지정행위를 별개의 행정처분으로 볼 때 법적 규율의 차이	37
(1) 위법성 통제의 강화	37
(2) 문제점	38
5. 현행법의 분석	38
(1) 사업시행자 지정행위의 개념적 분리가능성	39
(2) 행정처분으로서의 의사표시 방식	39
(3) 행정처분으로서의 개념징표	39
6. 민간투자법의 연혁적 분석	40
7. 소결	42
제3절 사업시행자 지정처분의 범위: 실시협약 포함여부	42
1. 문제의 제기	42
2. 제3자가 실시협약의 하자를 다투는 방법	44
(1) 실시협약을 다투는 방법	44
(2) 사업시행자 지정처분을 다투는 방법	45
3. 현행법의 분석	46
4. 대법원 판례의 분석	47
5. 평가	48
제4절 사업시행자 지정 취소·철회와 실시협약의 해제·해지 또는 취소	50
1. 문제의 제기	50

2. 사업시행자 지정취소·철회사유	52
(1) 민간투자법 제46조, 제47조	52
(2) 수익적 행정처분의 취소·철회	54
(3) 제3자의 쟁송취소	55
3. 주무관청의 사업시행자 지정 취소·철회 행위의 처분성	55
4. 사업시행자 지정취소 등에 따른 실시협약의 해제 등	56
(1) 행정청이 일방적으로 사업시행자 지정취소 등을 한 경우 ...	56
(2) 제3자가 사업시행자 지정처분을 쟁송취소한 경우	58
(3) 실시협약의 해제 등으로 볼 수 없는 경우	59
5. 실시협약의 해제·해지 및 취소 사유	60
(1) 해제·해지사유	60
(2) 취소사유	60
6. 실시협약의 해제 등에 따른 사업시행자 지정취소 등	61
(1) 주무관청이 실시협약을 해제한 경우 등	61
(2) 사업시행자가 실시협약을 해제한 경우 및 주무관청이 실시협 약을 해제하였으나 사업시행자 지정처분을 취소·철회하였다고 볼 수 없는 경우	64

제4장 실시협약을 이행하기 위한 행정처분:

실시계획 승인

제1절 실시계획 승인행위의 처분성	65
제2절 실시협약과 실시계획의 불일치가 발생하는 경우	67
1. 문제의 제기	67
2. 유형화	68
(1) 사업시행자가 실시협약과 다른 내용의 실시계획을 승인신청하	

고, 주무관청이 이를 그대로 승인한 경우	68
(2) 주무관청이 실시계획의 내용을 변경하는 경우	71
(3) 쟁송취소에 의하여 실시계획의 내용이 변경되는 경우	72
(4) 사업시행자가 실시계획의 내용을 변경하는 경우	74
제3절 승인된 실시계획과 불일치하는 실시협약의 관계	75
1. 선행 실시협약과 불일치하는 후행 실시계획 승인처분의 효력 · 75	
(1) 선행 공법상 계약의 내용과 불일치하는 후행 행정처분	75
(2) 민간투자법의 분석	77
(3) 실시계획의 실시협약 대체가능성	79
2. 실시계획과 불일치하는 실시협약에 따른 채무	80
(1) 실시협약에 따른 채무이행청구	80
(2) 실시협약에 따른 채무의 부존재 확인	81
제4절 실시계획의 부관	85
1. 서론	85
2. 일방적인 부관	86
3. 협약을 통한 부관	86
(1) 부가가능성	86
(2) ‘부관안에 관한 협약’의 성격	87
(3) 공법원리의 적용	91
(4) 실시협약과 실시계획의 부관	92
4. 실시계획 승인 이후의 부관	93

제5장 단계적 행정작용과 관련된 쟁점 94

제1절 문제의 제기	94
제2절 하자의 승계	95

1. 행정처분 사이의 하자승계	95
(1) 문제의 제기	95
(2) 학설과 판례	95
(3) 민간투자법상 행정처분의 하자승계	96
2. 공법상 계약과 행정처분 사이의 하자승계	97
제3절 근거법령이 변경된 경우	99
1. 문제의 제기	99
2. 실시협약 체결(사업시행자 지정처분) 이후에 근거법령이 변경되 어 실시협약대로의 실시계획 승인이 불가능한 경우	99
(1) 근거법령과 관련된 원칙	100
(2) 근거법령이 개정된 경우	100
(3) 단계적 행정작용의 도중에 근거법령이 변경된 경우	101
(4) 민간투자법의 분석	102
3. 실시협약의 부관과 관련된 문제	103
(1) 부관의 근거법령이 소멸되거나 개정되는 경우	103
(2) 불확정 부관의 문제	105
(3) 민간투자법의 분석	106
 제6장 결론	 108
 참고문헌	 110
Abstract	113

제1장 서론

제1절 연구의 배경 및 목적

과거 행정청의 행정작용은 대체로 고권적이고 일방적인 것으로 인식되어 왔으나, 현대사회에서는 ‘협력모델¹⁾’에 따른 ‘기능민영화’가 급증하면서²⁾ 계약의 형식을 띤 행정작용에 대한 관심도 늘어나고 있다.³⁾ 그러나 계약이라는 작용형식을 선택하는 경우에도 계약의 체결 및 채무이행과 관련하여서는 행정처분의 작용형식이 개입하거나 혼용되는 경우가 많다. 그 대표적인 사례가 사회기반시설에 대한 민간투자법(이하 ‘민간투자법’으로 약칭)에 의한 사회기반시설사업이다.

실무에서는 민간투자법상 공법상 계약과 각종 행정처분에 관한 쟁송이 많다. 공법상 계약과 행정처분은 동일한 행정목적의 달성을 위한 일련의 행정작용임에도 그 작용형식에 따라 적용원리와 쟁송방식을 달리한다. 그러나 양자의 내용이나 효력이 불일치할 경우 이를 해결하기 위한 법령이나 이론은 아직까지 정립되어 있지 않아, 분쟁의 적정하고 통일적인 해결이 쉽지 않다. 따라서 민간투자법에 기초한 공법상 계약과 행정처분의 관계를 연구할 필요성이 있다.

-
- 1) 협력모델과 관련된 논의는 박정훈, “행정법의 구조변화로서의 참여와 협력 - 독일에서의 이론적 논의를 중심으로”, 공법연구 제30집 제5호, 한국공법학회, 2002.를 참조.
 - 2) 이원우, “정부기능의 민영화를 위한 법적 수단에 대한 고찰”, 행정법연구 제3호, 1998. 행정제도를 설계함에 있어 공공주체와 민간부문 사이의 기능 및 책임배분에 따라 국가책임의 원리(국가감독모델), 자기책임의 원리(자기책임모델), 공동책임의 원리(협력모델)가 지도원리 내지 정책기준으로 작용한다. 국가는 최소한의 인력과 조직만을 가지고 기획·조정·지휘 등에 주력하고, 구체적인 집행업무는 민간부문에서 동원하는 것이다.
 - 3) 우리나라에서 민간투자가 시작되게 된 계기는 첫째, 사회기반시설의 민간공급에 의한 시장실패보다 시설의 공급부족과 운영의 비효율성에 대한 정부실패의 위험을 보다 크게 인식하기 시작한 점, 둘째, 복지국가로의 이행으로 인한 사회기반시설 투자재원이 부족하게 된 점, 셋째, 대규모 재원을 조달할 수 있는 금융기법과 민간기업들의 사업추진 능력이 향상된 점, 넷째, 선진국에서 1980년대 후반부터 민간자본을 활용하기 시작한 점을 들 수 있다. 서순성/김기식, 사회기반시설에 대한 민간투자법 이론과 실무해설, 삼일인포마인, 2016, 22면.

이를 위해서는 우선 민간투자법에 의한 사회기반시설사업의 기본이 되는 실시협약의 성격부터 확정하여야 한다. 민간투자법은 사회기반시설사업을 민간에 위탁함으로써 창의성과 효율성을 도모하기 위하여 제정된 법률로, ‘실시협약’이라는 계약의 형식을 사용하여 사업을 추진하는 것을 기본 틀로 하고 있다. 우리나라의 다수설과 판례는 행정청과 사인이 체결하는 계약을 사법상 계약과 공법상 계약으로 나누어 그 적용원리와 쟁송방식을 달리하는 것으로 이해하고 있는데, 이에 따를 때 실시협약은 일반적인 공사도급계약과 같은 사법상 계약에 불과한가, 아니면 공법적 규율의 대상이 되는 공법상 계약인가?

그리고 다음으로, 민간투자법의 각 단계별로 공법상 계약에 개입하는 행정처분에 관한 연구가 이루어져야 한다. 공법상 계약의 체결 및 이행과정에서 개입하는 행위가 행정처분에 해당하는지, 행정처분이 개입할 경우 작용형식과 적용원리를 달리함으로 인하여 발생하는 문제는 무엇인지, 그와 같은 문제를 어떻게 해결할 것인지에 관하여 다양한 의문점들이 제기되고 있다.

첫 번째로, 실시협약의 체결 이전 단계에서, 입찰참가자격제한(부정당업자 제재)과 우선협상대상자 지정행위는 행정처분에 해당하는가? 계약당사자를 선정하는 과정에서 특정 당사자의 참가자격을 제한하고, 특정당사자를 우선협상대상자로 지정하는 행위는 사적 자치의 영역이거나, 계약체결 이전의 사실행위에 불과한가?

두 번째로, 계약을 체결하는 행위 자체는 행정처분이 될 수 있는가? 민간투자법 제13조 제3항은 ‘실시협약을 체결함으로써 사업시행자를 지정한다’라는 독특한 규정을 두고 있다. 이 때 사업시행자의 지정행위는 행정처분으로서 실시협약과는 별개로 존재한다고 볼 수 있을 것인가? 사업시행자 지정행위를 행정처분으로 인정할 경우 법적 규율의 차이는 무엇인가? 양자가 적용원리를 달리함으로 인하여 발생하는 문제를 해결하기 위한 방안은 무엇인가?

세 번째로, 채무의 이행과정에서 행정처분이 개입하는 경우가 있다.

민간투자법은 실시협약 체결 이후에도 실시협약상 채무의 이행, 즉 사회 기반시설사업의 시행을 위하여 실시계획의 승인을 요구한다. 실시계획 승인은 행정처분인가? 실시협약과 실시계획의 관계는 어떠한가? 실시협약의 내용과 실시계획의 불일치가 발생하는 경우 어느 것이 우선하는가? 실시협약의 당사자는 실시계획과 불일치하는 실시협약에 따른 채무의 이행을 구할 수 있는가?

제2절 연구의 범위 및 방법

위와 같은 의문점들은 민간투자법령에 기초한 것인 만큼, 공법상 계약과 행정처분에 관한 이론적 논의뿐 아니라 민간투자법령의 구체적인 규정 해석과도 밀접하게 관련되어 있다. 우선 민간투자법령에 따른 사회기반시설사업에 관하여 개괄하고, 쟁점이 되는 부분에 관한 이론적 논의와 실무례 등을 민간투자법령에 적용한 다음, 그 결과의 타당성을 검토하는 방법으로 구체적인 해결방안을 모색하여야 할 것이다.

첫째로는 민간투자법령에 따른 ‘실시협약’의 성격을 확정하여야 한다. 공법상 계약과 사법상 계약의 구별과 관련된 학설 및 판례의 입장에 기초하여 민간투자법령을 분석함으로써 ‘실시협약’이 ‘공법상 계약’인지를 판단한다.

둘째, 실시협약 체결 이전 단계에서 개입하는 참가자격제한(부정당업자 제재)과 우선협상대상자 지정행위를 행정처분으로 볼 수 있는지가 문제된다. 우선 공법상 계약과 행정처분의 특성을 구분하여 참가자격제한과 우선협상대상자 지정이 행정처분으로서의 특성을 가지고 있는지를 살펴볼 필요성이 있다. 행정처분으로 볼 경우 법적 규율에 어떠한 차이가 있는지를 살펴보는 것도 논의에 도움이 된다.

셋째, 사업시행자 지정행위와 관련해서도 다양한 쟁점이 있다. 공법상

계약과 행정처분이 중첩되는 경우에 계약체결행위가 별개의 행정처분이 되려면 행정처분으로서의 성립요건과 효력발생요건을 갖추었다고 볼 수 있어야 한다. 독립쟁송가능성과 관련된 외국의 이론(독일의 2단계론, 프랑스의 분리가능한 행위론) 및 우리나라의 학설, 판례를 통하여 사업시행자 지정행위 또는 그 지정취소행위를 실시협약과 별도로 다룰 수 있는지, 그 경우의 법적 규율이 어떻게 달라지는지를 살펴보아야 한다. 그리고 양자가 작용형식과 적용원리를 달리함으로써 발생할 수 있는 문제점, 특히 사업시행자 지정행위의 취소·철회 및 실시협약의 해제·해지·취소 등과 관련하여 발생하는 구체적인 문제점과 이를 원만히 해결할 수 있는 해석방법이 연구될 필요성이 있다.

넷째, 실시계획 승인과 관련하여, 실시계획 승인이 행정처분인지를 먼저 확정한 다음, 실시협약과 실시계획의 관계를 공법상 계약과 행정처분, 나아가 단계적 행정작용의 관점에서 연구할 필요성이 있다. 같은 관점에서 실시협약과 실시계획이 불일치하는 경우를 해결할 수 있는 방안도 연구되어야 한다.

마지막으로 위와 같이 여러 단계를 거치는 동안 단계적 행정작용과 관련하여 하자의 승계나 근거법령 변경 등의 문제가 발생할 수 있다. 행정처분과 공법상 계약의 하자 승계, 그리고 단계적 행정작용의 도중에 근거법령이 변경된 경우 개정 전 법령의 적용을 구할 수 있을지 등의 쟁점이 연구될 필요가 있다.

제2장 민간투자사업의 기본이 되는 공법상 계약 과 그에 선행하는 행정처분: 실시협약과 참가자격제한, 우선협상대상자 지정

제1절 민간투자법 개괄

행정청은 국민의 생존배려와 공공의 이익을 위하여 사회기반시설을 설치하고 운영할 의무를 부담한다. 이는 대한민국헌법 제34조가 정한 국민의 인간다운 생활을 할 권리, 국가의 사회보장·사회복지 증진의무와도 밀접하게 연관되어 있다. 그러나 현대사회에서의 행정청은 모든 임무를 스스로 이행할 필요는 없다. 기능민영화를 통하여 임무수행은 원칙적으로 민간부분에 맡기고, 공공주체는 구조적인 틀을 규정하는 일과 부분적으로 보조적인 역할의 수행만을 맡되, 불충분한 경우에만 개입하도록 하는 것도 가능하다.⁴⁾

행정청은 민간투자법에 근거하여 더 전문적이고 효율적인 민간에 사회기반시설사업의 재정조달 및 설치·운영을 맡김으로써 예산절감을 시도함과 동시에 창의적이고 효율적인 사회간접자본시설의 확충·운영을 도모함으로써 국민경제에 이바지할 수 있다(제1조). 경제영역에서 효율성을 공익의 한 요소로 볼 수 있는가에 대하여는 논란이 있을 수 있으나, 형평이나 다른 사회적 목표들과 함께 고려하는 한, 효율성 또한 공익판단의 중요한 요소가 될 수 있다.⁵⁾ 다만 사회기반시설사업에 있어서는 효율성 이외의 다른 중요한 공익들도 확보되어야 하므로, 행정청의 입장에서는 계약과 법령을 통하여 적절한 규율을 할 필요가 있다.

1994. 8. 3. 사회간접자본시설에 대한 민간자본유치촉진법이 제정된

4) 이원우, 경제규제법론, 홍문사, 2010, 720-721면.

5) 이원우, 경제규제법론, 홍문사, 2010, 38면.

이후 수차례의 개정을 거쳐 현재는 민간투자법이 사회기반시설사업과 관련된 사항들을 규정하고 있다. 민간투자법에 따른 사회기반시설사업 과정을 개괄하면 다음과 같다. 먼저 정부는 국토의 균형개발과 산업의 경쟁력 강화 및 국민생활의 편익 증진을 도모할 수 있도록 사회기반시설에 대한 민간투자사업기본계획을 수립하고, 이를 공고하여야 한다(제7조 제1항). 그리고 주무관청은 그 중 민간투자방식으로 추진하려는 사업을 민간투자대상사업으로 지정하여 이를 관보에 고시하여야 한다(제8조의2 제1항, 제3항). 민간투자자가 민간투자대상사업에 포함되지 아니한 사업 중 민간투자방식으로 추진할 수 있는 사업을 제안하는 것도 가능하다(제9조). 주무관청은 사회기반시설사업의 추진을 위하여 민간부문의 투자가 필요하다고 인정할 때에는 해당 연도 대상사업으로 지정된 후 1년 이내에 민간투자사업기본계획에 따라 민간투자시설사업기본계획을 수립하여 고시하여야 하고(불가피한 사유가 있는 경우에는 1년의 범위에서 이를 연장할 수 있다. 제10조 제1항, 제3항), 민간투자사업을 시행하려는 자들이 위 시설사업기본계획에 따라 사업계획을 작성하여 제출하면, 주무관청은 이를 검토·평가한 후 협상대상자를 지정하고, 협상대상자와 실시협약을 체결함으로써 사업시행자를 지정한다(제13조 제1항, 제3항). 사업시행자로 지정받은 자는 해당 사업의 실시계획을 작성하여 주무관청의 승인을 받아야 한다(제15조 제1항). 고시된 실시계획대로 사업을 완료하면 준공확인을 받아야 하고(제22조), 실시협약에 따라 관리·운영하여야 한다(제24조).

기본적으로 사회기반시설의 설치·운영과 관련된 사업을 민간투자자에게 위탁하는 것은 실시협약, 즉 계약의 형태로 이루어진다. 민간투자법 제2조 제6항은 ‘실시협약이란 이 법에 따라 주무관청⁶⁾과 민간투자사업을 시행하려는 자⁷⁾ 간에 사업시행의 조건 등에 관하여 체결하는 계약

6) 관계 법령에 따라 해당 사회기반시설사업의 업무를 관장하는 행정기관의 장(민간투자법 제2조 제4호).

7) ‘사업시행자’란 공공부문 외의 자로서 이 법에 따라 사업시행자의 지정을 받아 민간투자사업을 시행하는 법인을 말한다(민간투자법 제2조 제7호). 민간투자사업을 시행하려는 자는 실시협약

말한다'고 규정하고 있다. 따라서 실시협약이 행정청⁸⁾과 법인인 사인⁹⁾ 사이에 체결되는 사회기반시설사업¹⁰⁾에 관한 계약인 점에는 의문의 여지가 없는 것으로 보인다. 공법상 계약과 사법상 계약, 그리고 강학상 행정계약의 개념과 관련하여 계약주체를 기준으로 하는 다양한 학설이 있으나, 이하의 논의는 민간투자법이 적용되는 실시협약을 전제로 하는 것이므로, 행정청과 사인 사이의 계약만을 논의 대상으로 한다. 그리고 행정청이 사인과 체결하는 계약은 공법상 계약과 사법상 계약으로 나누어 그 규율을 달리하는 것이 우리나라의 다수설과 판례이므로, 위 구분론에 기초하여 논의를 진행한다.

제2절 민간투자법의 기본이 되는 공법상 계약: 실시협약

1. '공법상 계약'의 의미

행정청이 사인과 체결하는 계약 중에 공법적 효과의 발생을 목적으로 하여 복수당사자 사이에서 반대방향의 의사표시의 합치로써 성립되는 공법행위를 '공법상 계약'이라고 한다.¹¹⁾ 행정청이 사경제의 주체로서 사인과 계약을 체결하는 '사법상 계약'과 공법상 계약을 구분하는 것이 우리나라의 다수설과 판례의 태도이다.

의 체결로서 사업시행자로 지정된다(같은 법 제13조 제3항).

8) 주무관청인 행정청은 권리능력을 가진 주체가 아니므로 법리적인 문제가 있다(길준규, “민간투자사업에서의 공공성과 경제성 확보방안”, 토지공법연구 66집, 2014, 265면). 실무상으로는 행정청이 계약을 체결하였더라도 그 권리의무가 귀속되는 지방자치단체 또는 국가가 공법상 당사자소송의 상대방이 된다.

9) 민간투자법 제14조에 의하면 법인을 설립하기 전에도 법인설립계획을 포함하여 사업계획을 제출할 수 있다. 그러한 경우 주무관청은 법인의 설립을 조건으로 해당 법인을 사업시행자로 지정하고, 조건부 지정을 받은 자는 실시계획의 승인을 신청하기 전까지 해당 민간투자사업을 시행할 법인을 설립하여야 한다.

10) 사회기반시설의 신설·증설·개량 또는 운영에 관한 사업(민간투자법 제2조 제2호).

11) 김동희, 행정법 I, 박영사, 2017, 226면.

우리나라 행정소송법 제3조 제2호는 행정청의 처분 등¹²⁾을 원인으로 하는 법률관계에 관한 소송 그 밖에 공법상의 법률관계에 관한 소송으로서 그 법률관계의 한쪽 당사자를 피고로 하는 소송을 ‘당사자소송’이라고 규정하고 있다. 명시적으로 ‘공법상 계약’을 정의한 규정은 아니지만, ‘처분 등을 원인으로 하는 법률관계 그 밖의 공법상의 법률관계’에 대하여는 민사소송이 아닌 행정소송(공법상 당사자소송)으로 다루도록 정한 것이다. 따라서 우리 실정법 또한 공법상 계약과 사법상 계약을 명시적으로 구분하고 있다고 볼 수 있다.

2. 공법상 계약과 사법상 계약의 구별실익

공법상 계약과 사법상 계약의 구별실익은 절차적인 면과 실체적인 면으로 나누어 볼 수 있다. 절차적으로는 공법상 계약과 관련된 분쟁은 민사소송이 아닌 행정소송, 즉 공법상 당사자소송의 형식을 취하도록 하고 있다는 점이다. 이 경우 ① 당사자소송과 항고소송 간에는 소변경을 할 수 있지만 민사소송과 항고소송 간에는 소변경을 할 수 없다는 점, ② 당사자소송에는 관련 민사소송청구를 병합할 수 있지만 민사소송에는 관련 당사자소송청구를 병합할 수 없다는 점, ③ 당사자소송에는 행정청이 참가할 수 있지만 민사소송에서는 불가능하다는 점, ④ 당사자소송에서는 직권탐지주의가 적용되는 반면 민사소송에서는 변론주의가 적용된다는 점, ⑤ 당사자소송의 판결의 기속력은 당해 행정주체 산하의 행정청에도 미치지만 민사소송에서는 소송당사자에게만 판결의 효력이 미친다는 점 등의 차이가 있다.¹³⁾

12) 행정청이 행하는 구체적 사실에 관한 법집행으로서의 공권력의 행사 또는 그 거부와 그 밖에 이에 준하는 행정작용(처분) 및 행정심판에 대한 재결을 말한다. 행정소송법 제2조 제1항 제2호.

13) 백윤기, “당사자소송의 대상”, 행정판례연구 IV, 1999, 359면.

실체적으로는 공법상 계약에는 사법상 계약과 달리 ‘공법원리’가 적용된다는 것이다. 행정이 임의적으로 계약의 형태를 선택함으로써 공법적 구속을 피하는 ‘사법으로의 도피’를 막는 것이다. 그러나 실무상 얼마나 공법원리에 관한 주장·판단이 이루어지고 있는지는 의문이고, 민사소송과 별다른 차이가 없다는 비판도 있다.

3. 구별기준에 관한 학설

(1) 국내의 학설

공법상 계약과 사법상 계약의 구분은 공법과 사법의 구분과 밀접하게 관련되어 있다. 공법과 사법의 구별은 선형적·추상적 또는 유형적 구분이 아니라, 실정제도상의 경험적·구체적 구분의 문제이다.¹⁴⁾ 그 구별기준에 관한 학설은 권력설(당해 법률관계가 지배·복종하는 관계인지 대등한 관계인지), 이익설(공익실현이 목적인지, 사익추구가 목적인지), 귀속설(신주체설, 행정청에 대해서만 권리·의무를 부과하는지), 복수기준설 등이 있는데, 위와 같은 요소들을 종합적으로 고려하는 복수기준설이 우리나라의 다수설이다.

공공조달계약의 경우 대법원 판례는 사법상 계약으로 파악하고 있으나, 이에 대한 비판적인 견해도 다수 제시되고 있다. 예를 들면 국가를 당사자로 하는 계약에 관한 법률(이하 ‘국가계약법’이라 약칭)은 국가가 체결하는 계약이 공법상 계약인지 사법상 계약인지를 묻지 않고 적용되는데,¹⁵⁾ 대법원 판례는 공공조달계약을 사법상 계약으로 보면서도 특정

14) 김동희, 행정법 I, 박영사, 2017, 72면. 반대의견으로는 김용욱, “공법과 사법 구분의 기원·변천 및 당위체계에 관한 연구”, 저스티스 150호, 2015. 10. 172면. 서순성/김기식, 사회기반시설에 대한 민간투자법 이론과 실무해설, 삼일인포마인, 2016, 59면에서 재인용.

15) 하나의 법률 안에서 공법관계와 사법관계를 모두 규율하는 것이 불가능한 것은 아니므로, ‘공법’과 ‘사법’의 구분은 하나의 법령뿐 아니라 개개의 법률관계를 기준으로 파악하여야 할 것이

당사자에 대한 국가계약법상의 입찰참가자격제한 등은 행정처분으로 보고 있다.¹⁶⁾ 국가가 사경제주체로 활동하더라도 어느 정도의 공법적인 규제는 필요하다는 점을 시사한다. 이러한 의미에서 행정청이 사인과 체결하는 공법상 계약과 사법상 계약을 ‘행정계약’으로 포괄하여 고찰하려는 시도도 이루어지고 있고,¹⁷⁾ 특정 계약이 사법상 계약으로 파악되는 경우에도 ‘행정사법’이라는 개념을 통하여 사법원리를 제한·수정하고 공법원리를 적용하려는 견해도 있다.¹⁸⁾

(2) 외국의 학설¹⁹⁾

독일의 학설대립은 우리나라의 학설대립과 크게 다르지 않다. 사법상 계약으로 보는 경우에는 민사소송, 공법상 계약으로 보는 경우에는 행정소송에 의하도록 하고 있는 점도 유사하다. 프랑스의 경우 계약내용에 보통법과 다른 특별조항을 두고 있는 경우, 계약의 대상이 공적 관리작용에 관한 경우, 미리 정해진 법률의 내용에 의하여 계약의 내용을 결정하게 되는 경우에는 공법상 계약으로 인정한다. 영국은 당사자 사이에 체결된 계약의 형태를 떠는 것은 대체로 사법상 계약으로 보고 있으나, 행정에 의한 계약이 공적인 기능을 행사하고 있고, 계약법이 국민에게 적정한 구제수단을 인정하고 있지 않은 경우, 공적인 기능을 하는 주체

다.

16) 대법원 2017. 12. 28. 선고 2017두39433 판결 등.

17) ‘행정계약’의 개념과 관련하여, 이를 공법상 계약과 사법상 계약을 포괄하는 상위개념으로 이해하는 입장과 사법상 계약과는 대립되는 계약만을 지칭하는 입장이 있다. 김병기/황선훈, “독일 이단계약론에 대한 법적 소고”, 중앙법학 17집 2호, 2015, 189면.

18) 독일의 H.Wolf의 이론에 의하면 공행정작용을 사법상 형식에 의하여 수행하는 경우에, 그 사법은 일정한 공법규정 내지는 공법원리에 의하여 제한·수정을 받게 된다. 프랑스 행정법에 있어서도 상공업적 공역무는 원칙적으로 사법에 의하여 규율되나, 그에 있어서도 공역무 앞의 평등원칙, 공역무 계속성의 원칙, 공역무제도의 일방적 변경가능원칙 등의 일정한 행정법원리가 적용되는 것으로 인정되고 있어, 실질적으로 행정사법의 법리를 인정하는 것으로 볼 수 있다. 김동희, 행정법 I, 박영사, 2017, 79-80면.

19) 김대인, 행정계약법의 이해, 경인문화사, 2011.을 참조.

가 계약의 체결여부를 결정하는 경우에는 사법심사청구의 대상이 되도록 하고 있다. 미국은 보통법소송과 독립된 행정소송이 존재하지 않으나, 연방행정절차법이 정한 행정청의 행위에는 행정계약 체결행위도 포함되는 것으로 보는 것이 판례, 학설의 태도이다.

4. 민간투자법에 의한 실시협약의 해석

우리나라의 행정소송법 제3조 제2호의 해석상 ‘공법상 계약’인지 여부는 ‘공법상의 법률관계’에 관한 것인지에 달려있다고 볼 수밖에 없다. 민간투자법에 의한 실시협약이 공법상의 법률관계에 해당되는지는, 민간투자법의 목적과 관련 규정의 해석을 통하여 확정되어야 한다.

사회기반시설을 설치·운영하는 것은 공익적 활동의 영역으로 원래 그 의무는 행정청에게 귀속되어 있다고 봄이 타당하다. 따라서 민간투자자가 용역을 제공한다 하더라도 이는 공공의 영역에 관한 것에 해당한다. 민간투자법에 의한 실시협약은 기본적으로 행정청이 수립한 기본계획에 따라 체결되는 것이므로, 그 계약의 대상과 내용이 행정청의 공익적 목적에 부합한다. 행정청은 우선협상대상자로 지정된 자와 총사업비 및 사업기간 등 사업시행의 조건 등이 포함된 실시협약을 체결함으로써 사업시행자를 지정한다(민간투자법 제13조 제3항). 민간투자자는 실시협약을 체결한 이후에도 실시계획의 승인, 준공확인, 그 밖에 행정청의 감독(제45조)을 받아야 하고, 행정청은 공공의 이익이나 법령의 규정에 의하여 사업시행자 지정을 취소하거나, 사회기반시설공사의 중지·변경, 시설물 또는 물건의 개축·변경·이전·제거 또는 원상회복을 명하거나 그 밖에 필요한 처분을 할 수 있다(제46조, 제47조). 사업시행자는 민간투자사업의 시행을 위하여 공익사업을 위한 토지 등의 취득 및 보상에 관한 법률(이하 ‘토지보상법’으로 약칭)을 준용하여 타인의 토지에 출입하거나 토지

등을 수용 또는 사용할 수 있으며, 국·공유재산을 무상으로 사용할 수 있다(제18조 내지 제20조).²⁰⁾

위와 같은 관계규정들을 종합해 보면 민간투자법에 의한 실시협약은 대등한 당사자 사이의 계약의 형태를 띠고 있다고 하더라도 사법상 계약인 공사도급계약과는 확연히 구별되는 공법적 특징들을 가지고 있으므로, ‘공법상 계약’에 해당한다고 봄이 타당하다. 우리나라의 다수설²¹⁾도 민간투자법상 실시협약은 공법상 계약으로 파악하고 있는 것으로 보인다.

판례의 경우, 다수의 하급심례가 실시협약을 공법상 계약으로 보고 있으나,²²⁾ 실시협약과 관련된 민사상 가처분 신청에 관하여는 각하하지 않고 판단한 사례와²³⁾ 이를 각하한 사례²⁴⁾가 혼재되어 있다. 항고소송의 대상이 되는 행정처분의 효력이나 집행 혹은 절차속행 등의 정지를 구하는 신청은 행정소송법상 집행정지신청의 방법으로서만 가능할 뿐 민사소송법상 가처분의 방법으로는 허용될 수 없다는 것이 대법원의 입장²⁵⁾이

20) 이는 엄밀하게 말하면 실시계획 승인처분의 효과라고 볼 수도 있지만, 실시계획 승인은 실시협약을 기초로 한 단계적 행정작용에 해당하므로, 여전히 실시협약은 공법상 계약인 것으로 해석할 수 있다.

21) 반대의견으로는 이규방 외 4인 공저, 인프라 민간투자사업의 표준실시협약(안) 지침수립 연구, 국토연구원, 2000, 12면. 조철호, “사회기반시설에 대한 민간투자법상 실시협약의 법적 성질과 소송방법”, 인권과 정의 384호, 대한변호사협회, 2008.에서 재인용.

22) 서울고등법원 2004. 6. 24. 선고 2003누6483 판결. 명시적으로 실시협약을 공법상 계약으로 판단한 사례는 아니나, 민간투자사업의 시행을 위한 우선협상대상자 지정행위가 항고소송의 대상이 되는 행정처분인 것으로 보면서 그 근거로 실시협약의 체결행위가 단순히 사법상 계약이라고 보기는 어렵다는 점을 들었다. 대법원 2009. 4. 23. 선고 2007두13166 판결 역시 명시적으로 민간투자법상의 실시협약이 공법상 계약이라고 판시하지는 아니하였으나, 상고인들의 주장을 배척하면서 ‘공법상 계약에 관한 법리오해의 위법 등이 없다’라고 하여 위 실시협약이 공법상 계약임을 전제로 판단한 것으로 보인다. 다수의 하급심례가 실시협약을 공법상 계약으로 보고 있다.

23) 광주지방법원 2017. 4. 25.자 2017카합50142 결정, 대구지방법원 2017. 1. 20.자 2016카합3208 결정 등.

24) 광주지방법원 2016. 1. 20.자 2015카합50316 결정, 서울중앙지방법원 2018. 3. 30.자 2018카합20177 결정 등.

25) 대법원 1992. 7. 6.자 92마54 결정, 대법원 2009. 11. 2. 자 2009마596 결정 등.

므로, 행정처분으로 볼 수 있는 행위들의 위법·부당함을 다투는 취지에서 제기된 가처분 신청은 각하하여야 한다. 그러나 실시협약에 관하여 계약자로서의 지위나 채무의 내용에 다툼이 있다면 공법상 당사자소송이 가능하고, 공법상 당사자소송에는 행정처분의 집행정지에 관한 규정이 준용되지 않으므로, 민사집행법상의 가처분에 관한 규정을 준용할 수 있다. 따라서 공법상 당사자소송을 본안소송으로 하여 제기된 민사상 가처분 신청은 각하할 것이 아니라 행정법원 또는 지방법원 행정부에서 처리하도록 함이 바람직하다.

제3절 공법상 계약과 행정처분

1. 문제의 제기

사인 사이의 사법상 계약관계에서는 자신이 계약의 상대방으로 선정되지 못하였다 하더라도 상대방이 자신을 계약후보에서 제외한 행위나, 자신이 아닌 제3자를 계약당사자로 선정한 행위를 민사소송으로 다투기는 어렵다. 계약이 체결되기 이전 상태에서는 민법상 지위에 아무런 변동이 없고, 계약 상대방의 선택은 사적 자치의 영역에 속하는 것이기 때문이다.

그러나 계약당사자가 공공주체인 경우에는 이러한 원칙이 전면적으로 적용될 수 없다. 국가는 국민으로부터 권력을 부여받고 국민의 세금으로 유지되며, 그 자체로서 독자적인 목적적 가치를 보유하는 것이 아니라 국민의 기본권보장과 공익실현을 위한 법적 존재이기 때문에, 언제나 평등권을 비롯한 기본권을 보호할 의무를 부여받고 있는 것이다.²⁶⁾

26) 이원우, 경제규제법론, 홍문사, 2010, 335면. 이는 공법관계이나 사법관계이나를 불문하고 적

행정청이 실시협약 체결의 상대방을 결정하는 과정에서 특정 당사자를 제외하거나, 특정 당사자를 우선협상대상자로 지정하는 행위 등은 단순한 사실행위 또는 사적 자치의 영역에 속하는 행위가 아니라, 항고소송의 대상이 되는 행정처분이라는 주장이 꾸준히 제기되어 왔다. 이를 판단하기 위해서는 항고소송의 대상이 되는 행정처분의 의의부터 살펴보고, 행정처분과 공법상 계약을 개념적으로 구별한 다음, 민간투자법의 구체적인 규정을 분석할 필요가 있다.

2. 행정처분의 의의

(1) 행정행위와 행정처분

우리나라의 통설은 최협의의 행정행위, 즉 행정청이 법 아래서 구체적인 사실에 관한 법집행으로서 행하는 권력적 단독행위인 공법행위를 강학상 행정행위로 파악하고 있다.²⁷⁾

강학상 행정행위와 행정소송법상 행정처분의 개념을 동일한 것으로 파악하는 일원설(실체법상 처분개념설)과, 이를 별개로 보는 이원설(절차법상 처분개념설)이 대립되어 있으나,²⁸⁾ 아래에서 보는 바와 같이 현행 행정소송법이 명시적으로 행정처분이 강학상 행정행위의 개념에 더하여 ‘그 밖에 이에 준하는 행정작용’을 포함하는 것으로 규정하고 있으므로, 강학상 행정행위는 행정소송법상 행정처분에 포함되는 것으로 해석함이 타당하다.

용될 수 있다. 국가계약 내지 공공위탁관계를 사법적으로 파악하고 있는 독일에서조차도, 사경 제주체로서 국가, 즉 이른바 국고는 사법의 적용을 받지만 이 경우에도 사적자치를 향유할 수는 없다고 본다.

27) 최광의로는 행정청이 행하는 모든 행위, 광의로는 행정청에 의한 공법행위, 협의로는 행정청이 법 아래에서 구체적 사실에 관한 법집행으로서 행하는 공법행위를 말한다.

28) 김남진/김연태, 행정법 I, 법문사, 2015, 198면.

(2) 현행법상 행정처분

현행 행정소송법 제2조 제1항 제1호²⁹⁾에 의하면 행정처분은 행정청이 행하는 구체적 사실에 관한 법집행으로서의 공권력의 행사 또는 그 거부와 그 밖에 이에 준하는 행정작용이다. 현행법이 ‘그 밖에 이에 준하는 행정작용’이라는 표현을 사용한 것은 법률용어의 정의로는 어울리지 아니하나, 전형적인 행정행위에 해당하지 않지만 개인의 법적 지위에 영향을 미치는 권력적 성질을 가지는 행정작용에 대하여는 취소소송의 대상으로 삼아 효과적인 권리구제를 기하려는 의도를 갖고 있는 것으로 해석된다.³⁰⁾

우리 대법원은 행정청의 어떤 행위가 항고소송의 대상이 될 수 있는지는 추상적·일반적으로 결정할 수 없고, 관련 법령의 내용과 취지, 그 행위의 주체·내용·형식·절차, 그 행위와 상대방 등 이해관계인이 입는 불이익과의 실질적 관련성, 법치행정의 원리, 당해 행위에 관련된 행정청과 이해관계인의 태도 등을 참작하여 구체적·개별적으로 결정하여야 한다고 하면서, 행정청 내부에서의 행위나 알선, 권유, 사실상의 통지 등과 같이 상대방 또는 기타 관계자들의 법률상 지위에 직접적인 법률적 변동을 일으키지 아니하는 행위는 항고소송의 대상이 아니라고 판단하고 있다.³¹⁾ 따라서 항고소송의 대상이 되는 행정처분이 되기 위해서는 단순히 사실행위가 아니라 상대방 또는 이해관계인의 법률상 지위에 직접적인 변동이 있어야 한다.

한편, 국민의 적극적 신청행위에 대하여 행정청이 그 신청에 따른 행위를 하지 않겠다고 거부한 행위가 항고소송의 대상이 되는 행정처분

29) 행정심판법 제2조 제1항 제1호, 행정절차법 제2조 제2호도 같다.

30) 김남진/김연태, 행정법 I, 법문사, 2015, 198-199면.

31) 대법원 2008. 4. 24. 선고 2008두3500 판결 등 참조.

에 해당하는 것이라고 하려면, 그 신청한 행위가 공권력의 행사 또는 이에 준하는 행정작용이어야 하고, 그 거부행위가 신청인의 법률관계에 어떤 변동을 일으키는 것이어야 하며, 그 국민에게 그 행위발동을 요구할 법규상 또는 조리상의 신청권이 있어야 한다. 거부처분의 처분성을 인정하기 위한 전제요건이 되는 신청권의 존부는 구체적 사건에서 신청인이 누구인가를 고려하지 않고 관계 법규의 해석에 의하여 일반 국민에게 그러한 신청권을 인정하고 있는가를 살펴 추상적으로 결정되는 것이고, 신청인이 그 신청에 따른 단순한 응답을 받을 권리를 넘어서 신청의 인용이라는 만족적 결과를 얻을 권리를 의미하는 것은 아니므로, 국민이 어떤 신청을 한 경우에 그 신청의 근거가 된 조항의 해석상 행정발동에 대한 개인의 신청권을 인정하고 있다고 보이면 그 거부행위는 항고소송의 대상이 되는 처분으로 보아야 하고, 구체적으로 그 신청이 인용될 수 있는가 하는 점은 본안에서 판단하여야 할 사항이다.³²⁾

(3) 소결

이 논문의 연구범위가 민간투자법이라는 현행법의 해석과 이를 둘러싼 분쟁의 해결을 목표로 하는 만큼, 이하에서는 현행법상 ‘행정처분’이라는 용어를 사용한다. 다만 이론적인 검토에 있어서는 강학상 행정행위와 관련된 논의를 참조한다.

3. 행정처분과 공법상 계약의 구별

(1) 개념징표의 측면

공법상 계약도 행정청의 구체적 사실에 대한 규율행위이며 또한 공

32) 대법원 2009. 9. 10. 선고 2007두20638 판결.

법적 효과를 발생하는 행위라는 점에서는 행정처분과 대부분의 징표를 같이한다. 그러나 행정처분은 행정주체의 일방적 의사에 의하여 발생한다는 점에서 공법상 계약과 가장 큰 차이를 보인다.

이러한 행정행위와 공법상 계약의 구별은 상대방의 협력을 요하는 쌍방적 행정행위와의 관계에서 특히 유효하다. ‘상대방의 협력을 요하는 행정행위’도 ‘동의’나 ‘신청’이라는 상대방의 의사표시를 그 요소로 하고 있어 공법상 계약과 유사한 모습을 하고 있기 때문이다. 그러나 상대방의 협력을 요하는 행정행위에서의 ‘동의’나 ‘신청’은 상대방이 원하지 않는 행정행위를 방지하려는 목적을 가진 행정행위의 효력발생요건에 불과하고 행정행위의 성립과 내용에 영향을 끼치지 못한다는 점에서 공법상 계약과 구별되어야 한다.³³⁾

(2) 행정처분의 특수성 측면

1) 법적합성

우선 행정처분은 그 발동에 있어 법적 근거가 있어야 하고 또 그에 적합하여야 한다. 공법상 계약의 경우에는 행정청이 법률유보 없이도 체결할 수 있는지, 체결이 가능한 경우 계약의 형태로 행정처분을 대체할 수 있는지에 관하여 견해의 대립이 있다. 프랑스의 경우 법률유보 없이는 공법상 계약을 체결할 수 없고, 따라서 그 행정작용의 형식을 행정청이 임의로 정할 수 없다고 보고 있으나, 독일과 우리나라의 경우 헌법상 민주주의 원리 등에 따라 행정청이 법률유보 없이도 공법상 계약을 체결할 수 있고, 행정작용의 형식에 관하여도 폭넓은 재량권을 갖는다는 것이 다수설이다.³⁴⁾ 따라서 우리나라의 다수설에 의하면 공법상의 계약

33) 백윤기, “시립무용단원 위촉의 법적 성질”, 행정판례평신, 박영사, 2011, 302면.

34) 김대인, 행정계약법의 이해, 경인문화사, 2011. 다만 경찰행정, 조세행정 등 협의에 의한 행정

은 그 발동에 있어 반드시 법률유보를 요하지 않는다는 점에서 행정처분과 차이가 있다.³⁵⁾

공법상 계약의 경우도 법령을 준수하여야 하나, 강행규정이 아닌 임의규정으로 해석되는 한도 내에서는 해당 규정과 배치되는 내용의 계약을 체결하는 것도 허용된다.

2) 공정성(공정력)

행정처분은 그 성립에 있어 하자가 있어도 그것이 중대·명백하여 무효로 인정되는 경우 이외에는 권한 있는 기관이 취소하기 전까지는 그 상대방은 물론이고 다른 국가기관이나 제3자를 구속하는 힘을 갖는다. 공법상 계약의 경우에도 공법적인 효과를 발생할 경우 상대방뿐만 아니라 제3자까지 구속하는 힘을 가질 수는 있으나, 계약의 상대방이 쟁송을 통하지 않고 계약을 해제·해지하거나 취소할 가능성이 있다는 점에서는 차이가 있다.

3) 확정성(불가쟁력·불가변력)

행정처분은 위법하더라도 그 하자가 중대·명백하여 무효가 되는 경우를 제외하고는 일정한 기간이 지나면 그 효력을 다룰 수 없게 된다(불가쟁력). 처분청이라도 일단 처분을 하고 나면 스스로 취소·변경할 수 없는 경우가 있다(불가변력³⁶⁾). 공법상 계약의 경우는 그러한 제한이 존

이 타당하지 않으며 공권력에 의해 일방적으로 규율되어야 하는 분야에서는 법률의 근거가 없는 한 공법상 계약으로 행정행위를 대체할 수 없다는 견해가 일반적이다. 그리고 행정행위가 기속행위라면 공법상 계약으로 대체할 실익이 거의 없으므로, 결국 공법상 계약을 선택할 수 있는 것은 재량행위 중에서도 본질적으로 불가능하지 않은 것에 한정된다.

35) 다만 현행 민간투자법의 경우는 명시적으로 '실시협약'을 체결하도록 하고 있으므로 법률유보가 문제될 여지는 없다.

36) 어떠한 행정행위가 불가변력을 가지는가에 관해서는 논의가 나누어진다. 일반적으로는 ① 취소에 의해 상대방의 권리·이익이나 공공복리가 침해받게 되는 경우, ② 행정심판의 재결과 같은 확인판단적·준사법적 행위의 경우, ③ 실정법이 행정행위에 소송법적 확정력을 인정하고 있

재하지 않지만, 공법상 계약의 특수성에 따라 해제·해지 또는 취소의 가능성과 범위를 제한하여야 한다는 논의가 이루어지고 있다.

4) 실효성

행정처분에 의하여 과해진 의무를 개인이 이행하지 않는 경우 행정청이 자력으로 그 의무를 이행하거나, 의무위반에 대하여 제재를 가할 수 있다. 공법상 계약의 경우는 행정청이 계약에 근거하지 않고 스스로 이를 이행하거나, 제재를 가하는 것은 불가능하고, 공법상 당사자소송을 제기하여 집행권원을 부여받아야 한다.

(3) 행정처분의 기능 측면

행정처분을 기능적 측면에서 파악하면 ① 권리·의무관계의 변동을 가져오는 실체법적 기능, ② 법령이 정한 절차에 따르도록 하는 절차법적 기능, ③ 행정청이 그 이행을 강제할 수 있는 집행법적 기능, ④ 행정처분에 대하여 쟁송을 제기하여 권리구제를 받을 수 있도록 하는 쟁송법적 기능 등이 있다.³⁷⁾ 공법상 계약의 경우 권리·의무관계의 변동을 가져오기는 하나, 법률에 근거가 없다면 특별한 절차법적 기능이나 집행법적 기능을 인정하기는 어려울 것이다. 쟁송법적 기능의 경우, 공법상 당사자소송의 형태를 통하여 다룰 수 있도록 하기는 하나, 행정처분에 대한 항고소송과는 소송요건, 형식, 판단기준 등을 달리한다.

제4절 민간투자사업 참가자격제한³⁸⁾

는 경우를 들 수 있다. 김남진/김연태, 행정법 I, 법문사, 2015, 209-210면.

37) 김남진/김연태, 행정법 I, 법문사, 2015, 206면.

38) 부정당업자 제재처분이라고도 한다.

1. 관련규정 및 의의

(1) 관련규정

민간투자법 제46조의2에 의하면 주무관청은 경쟁의 공정한 집행 또는 실시협약의 적정한 이행을 해칠 염려가 있거나 그 밖에 민간투자사업에 참가시키는 것이 부적합하다고 인정되는 자에 대하여는 2년의 범위에서 대통령령으로 정하는 바에 따라 민간투자사업 참가자격을 제한하여야 하며, 이를 즉시 다른 주무관청에 통보하여야 한다. 이 경우 통보를 받은 주무관청은 대통령령으로 정하는 바에 따라 해당자의 민간투자사업 참가자격을 제한하여야 한다. 민간투자법 시행령 제35조의2 제1항이 정한 참가자격 제한사유로는 ① 협상대상자로 지정받기 위하여 사업계획(제안서를 포함한다. 이하 이 조에서 같다) 제출자 간에 서로 상의하여 미리 적정 사업비·사용료·수익률 등 각종 사업추진을 위한 조건을 협정하였거나 특정 민간투자사업 참가자의 협상대상자 지정을 위하여 담합한 자, ② 민간투자사업과 관련된 건설기술 진흥법 시행령 제81조에 따른 타당성 조사의 용역업무를 수행하면서 고의 또는 중대한 과실로 수요에 측 등 타당성 조사를 부실하게 수행하여 주무관청이나 용역계약의 발주청에 상당한 손해를 끼친 자, ③ 협상대상자 지정을 위한 평가 또는 사업시행자 지정을 위한 협상에 관한 서류 등 민간투자사업에 관한 서류를 위조·변조하거나 부정하게 행사한 자 또는 거짓 서류를 제출한 자, ④ 협상대상자로 지정받은 후 정당한 이유 없이 사업시행자 지정을 위한 협상에 성실히 응하지 아니하거나 제12조에 따른 서류를 정당한 이유 없이 제출하지 아니한 자, ⑤ 민간투자사업 지정 또는 협상대상자나 사업시행자 지정 등과 관련하여 관계 공무원이나 심의위원회의 위원에게 금

품, 향응 등의 뇌물을 준 자 등이 있다.

(2) 의의

민간투자사업을 진행하기 위해서는 사업 자체의 효율성뿐만 아니라 진행과정에서의 공정성 및 공공성 또한 요구된다. 위 관련규정은 민간투자자의 담합, 잘못된 타당성조사, 기망행위 등으로 인한 비효율을 막고, 한편으로는 사업시행자를 선정하는 과정에서의 공정성과 공공성을 담보한다.

2. 행정처분으로서의 특성

민간투자법에 따른 사업의 진행과정에 있어 주무관청이 법령의 기준에 따라 일방적으로 민간투자자 중 일부의 참가자격을 제한하는 것은, 단순한 계약체결의 자유권 행사라고 보기 어렵다. 주무관청은 민간투자법령의 규정을 근거로, 사업시행자로 지정되고자 하는 민간사업자가 제안하는 사업의 내용을 묻지 않고 우선협상대상자 및 사업시행자로 지정될 수 있는 지위 자체를 일방적으로 박탈한다. 따라서 이는 행정청이 일방적으로 구체적인 계약 체결 과정에서 사업시행자로 지정되고자 하는 민간투자자의 법률상 지위에 직접적인 영향을 미치는 법집행 행위, 즉 행정처분에 해당한다고 봄이 타당하다. 이는 침익적 행정처분이므로 엄격한 법률유보 원칙이 적용되어야 한다.

3. 판례의 태도

대법원 판결 역시 민간투자사업 참가자격 제한이 행정처분임을 전제로 하고 있다.³⁹⁾ 다만 대법원은 공공조달계약에 있어서의 입찰참가자격제한

39) 대법원 2016. 4. 12. 선고 2014두2621 판결.

도 행정처분으로 보고 있으므로, 해당 계약이 공법상 계약인지는 묻지 않는 것으로 보인다.⁴⁰⁾

제5절 우선협상대상자 지정

1. 관련규정 및 의의

(1) 관련규정

민간투자법 제13조에 의하면 민간투자사업을 시행하려는 자는 같은 법 제10조 제3항에 따라 고시된 시설사업기본계획에 따라 대통령령으로 정하는 바에 따라 사업계획을 작성하여 주무관청에 제출하여야 한다(제1항). 주무관청은 제1항에 따라 제출된 사업계획을 대통령령으로 정하는 바에 따라 검토·평가한 후 사업계획을 제출한 자 중 협상대상자를 지정하여야 한다. 이 경우 공익성이 높은 장기투자자금의 제공 등 주무관청의 원활한 사업시행에 부합하는 사업계획을 제출한 자에 대하여는 사업계획을 평가할 때 우대할 수 있다(제2항). 주무관청은 제2항에 따라 지정된 협상대상자와 총사업비 및 사용기간 등 사업시행의 조건 등이 포함된 실시협약을 체결함으로써 사업시행자를 지정한다. 이 경우 대통령령으로 정하는 일정요건에 해당하는 사업시행자 지정에 관한 사항은 사전에 심의위원회의 심의를 거쳐야 한다(제3항).

(2) 의의

민간투자법은 우선 제46조의2에 의하여 특정 당사자를 실시협약의

40) 대법원 2017. 12. 28. 선고 2017두39433 판결 등.

상대방에서 배제한 다음, 참가자격이 있는 당사자들의 사업계획을 검토하여 하나의 법인만을 우선협상대상자로 지정한다. 그리고 우선협상대상자와 협의를 진행하여 최종적으로 실시협약을 체결한다.

우선협상대상자의 지정은 완전히 구체화되기 전의 사업계획 심사에 기초한다. 따라서 행정청의 입장에서도 심사나 협의과정의 부담을 덜 수 있고, 사업시행자가 되고자 하는 민간투자자들의 입장에서도 실시협약에 준하는 사업계획서를 작성하고 장기간의 협의를 거치는 등 과도한 비용을 지출하였음에도 사업시행자로 선정되지 못하는 위험을 피할 수 있다는 장점이 있다.

2. 행정처분으로서의 특성

주무관청이 민간투자법령의 기준에 따라 일방적으로 특정 당사자를 우선협상대상자로 지정하는 것 또한 단순한 계약체결의 자유권 행사라고 보기 어렵다. 실시협약을 체결하고 사업시행자로 지정받기 위해서는 우선협상대상자로 지정되는 것이 필수적인 선행절차⁴¹⁾이므로, 우선협상대상자 지정여부는 사업시행자로 지정받고자 하는 자의 법률상 지위에 직접적인 영향을 미치는 행정처분이라고 해석함이 타당하다.

우선협상대상자 지정행위는 수익적 행정처분으로, 이를 신청한 수인이 서로 경쟁관계에 있어서 일방에 대한 허가 등의 처분이 타방에 대한 불허가 등으로 귀결될 수밖에 없는 경원관계의 특성을 갖는다.

3. 판례의 태도

41) 우선협상대상자 지정이 사업시행자 지정의 전제가 되기는 하나, 우선협상대상자로 지정된다고 하더라도 주무관청과의 협상이나 심의위원회의 심의 과정에서 사업시행자로 지정되지 않을 수도 있는 것이므로, 우선협상대상자 지정행위와 사업시행자 지정행위는 별개의 행정처분이라고 보아야 한다.

서울행정법원 2003. 3. 20. 선고 2002구합31572 판결과 그 항소심인 서울고등법원 2004. 6. 24. 선고 2003누6483 판결⁴²⁾은 민간투자사업의 시행을 위한 우선협상대상자 지정행위가 항고소송의 대상이 되는 행정처분인 것으로 보았고, 그와 같은 실무경향은 지금까지 유지되고 있다. 대법원의 경우도 명시적으로 우선협상대상자 지정행위가 행정처분이라는 판시는 하지 않았지만, 우선협상대상자 지정행위가 수익적 행정처분임을 전제로 그 지정처분의 당부 및 철회 가부를 판단한 사례가 있다.⁴³⁾

4. 우선협상대상자 지정 거부행위

우선협상대상자의 지정 거부행위도 행정처분인가. 민간투자법은 민간투자사업을 시행하려는 자는 사업계획을 작성하여 주무관청에 제출하여야 하고(제13조 제1항), 주무관청은 이를 검토·평가한 후 사업계획을 제출한 자 중 협상대상자를 지정하여야 한다(제13조 제2항). 따라서 사업계획서를 제출한 자는 실제로 그 자격요건을 갖추었는지를 불문하고 누

42) 민간투자법에 의하면 민간투자사업을 시행하고자 하는 자는 주무관청에 사업계획을 제출하고, 주무관청은 제출된 사업계획을 검토·평가한 후 사업계획을 제출한 자 중 협상대상자를 지정한다. 다음 지정된 협상대상자와 총사업비 및 사용기간 등 사업시행의 조건 등이 포함된 실시협약을 체결함으로써 사업시행자로 지정하도록 하고 있으므로 주무관청에 의하여 우선협상대상자로 지정된 사업자는 우선적으로 주무관청과 사이에 협상을 거쳐 위와 같은 사업시행자로 지정될 수 있는 자격을 부여받게 되는 반면, 우선협상대상자로 지정되지 않은 사업자는 주무관청과의 협상에서 배제됨으로써 사업시행자로 지정 받을 수 있는 지위를 박탈 내지 유보당하게 된다. 따라서 우선협상대상자 지정행위는 사업시행자로 지정되기 위한 전제요건으로서 사업시행자의 실체적 권리관계에 밀접하게 관련되어 있으므로 사업계획을 제출한 사업자의 권리관계에 영향을 미치는 것으로서 항고소송의 대상이 되는 행정처분에 해당한다.

43) 행정처분을 한 처분청은 비록 그 처분 당시에 별다른 하자가 없었고, 또 그 처분 후에 이를 철회할 별도의 법적 근거가 없다 하더라도 원래의 처분을 존속시킬 필요가 없게 된 사정변경이 생겼거나 또는 중대한 공익상의 필요가 발생한 경우에는 그 효력을 상실케 하는 별개의 행정처분으로 이를 철회할 수 있다고 할 것이고, 수익적 행정처분을 취소 또는 철회하는 경우에는 이미 부여된 그 국민의 기득권을 침해하는 것이 되므로, 비록 취소 등의 사유가 있다고 하더라도 그 취소권 등의 행사는 기득권의 침해를 정당화할 만한 중대한 공익상의 필요 또는 제3자의 이익보호의 필요가 있는 때에 한하여 상대방이 받는 불이익과 비교·교량하여 결정하여야 하고, 그 처분으로 인하여 공익상의 필요보다 상대방이 받게 되는 불이익 등이 막대한 경우에는 재량권의 한계를 일탈한 것으로서 그 자체가 위법하다(대법원 2009. 11. 12. 선고 2009두12648 판결).

구나 그 응답을 받을 권리가 있다. 한편 우선협상대상자로 지정되지 못하게 되면 결국 사업시행자로 지정되는 것 자체가 불가능하므로, 우선협상대상자 거부행위는 신청인들의 법적 지위에 영향을 미친다. 그렇다면 우선협상대상자 지정거부행위는 행정처분에 해당한다고 봄이 타당하다.

실무상으로는 행정청이 별개의 행위로 우선협상대상자 지정거부처분을 하지 않고, 경원자 관계에 있는 우선협상대상자의 지정처분만을 공고하는 경우가 있다. 이러한 경우에도 소위 ‘복효적 행정처분’으로서 우선협상대상자 거부처분도 함께 이루어졌다고 해석할 수 있다.⁴⁴⁾

우선협상대상자 지정처분 이전에 별개의 행위로 특정 당사자를 실격처리하고, 나머지 신청인들을 대상으로 심사를 계속하여 우선협상대상자를 지정하는 경우도 있는데, 대법원은 그와 같은 실격처리 또는 탈락처리로 행정처분으로 보면서, 우선협상대상자 지정처분에 대한 하자의 승계를 인정하고 있다.⁴⁵⁾

5. 우선협상대상자 지정행위 또는 지정거부행위에 관한 쟁송

우선협상대상자 지정처분의 경우 일방에 대한 허가 등의 처분이 타방에 대한 불허가 등으로 귀결될 수밖에 없으므로, 우선협상대상자로 지정되지 못한 자는 경원자로서 제3자에 대한 우선협상대상자 지정처분의

44) 윤성철/홍성필, 민간투자사업분쟁관계법, 도서출판 법과교육, 2014, 299면.

45) 대법원 2011. 4. 14.자 2010무190 결정은 1단계 사전자격심사(PQ), 2단계 기술·자격평가, 우선협상대상자 지정 등의 단계로 이루어진 심사과정에 대하여, 행정기관이 사회기반시설에 대한 민간투자법에 규정된 민간투자사업을 시행함에 있어 사업시행자 선정 등 제반 절차를 관계 법령이 정한 바에 따라 공정하고 투명하게 진행하게 하려는 동일한 행정목적을 달성하기 위하여 단계적인 일련의 절차로 연속하여 행하여지는 것으로서 서로 결합하여 하나의 법률효과를 발생시키는 것이므로, 선행처분인 1단계 사전자격심사(PQ) 처분이 하자 있는 위법한 처분이라면, 후행처분인 우선협상대상자 지정 처분 자체에는 아무런 하자가 없다고 하더라도, 1단계 사전자격심사(PQ) 처분을 전제로 행하여진 후행처분인 우선협상대상자 지정처분도 위법하게 되고, 위 사업시행자 선정과정에서 참가인들과 경쟁관계에 있어 참가인 컨소시엄에 대한 우선협상대상자 지정처분이 곧 신청인들 측에 대한 사업참여 기회의 박탈로 귀결될 수밖에 없는 신청인들로서는 위 우선협상대상자 지정처분의 상대방이 아니라고 하더라도 위 우선협상대상자 지정처분의 취소를 구할 수 있는 법률상의 이익이 있다고 판시하였다.

취소를 구할 원고적격이 있다.⁴⁶⁾

우선협상대상자로 지정되지 못한 자가 자신에 대한 우선협상대상자 지정거부처분의 취소를 구하는 것도 가능하다. 그러나 위 지정거부처분이 취소된다 하더라도 행정청에게는 판결의 취지에 따라 다시 심사하여 재처분할 의무가 있을 뿐 해당 원고를 우선협상대상자로 지정하여야 할 의무가 있는 것은 아니다.⁴⁷⁾

소송이 계속 중인 상태에서도 우선협상대상자로 지정된 자에 대한 사업시행자 지정, 실시계획 인가 등의 절차가 속행되면 소송의 목적을 달성하기 어려운 경우가 발생할 수 있으므로, 우선협상대상자 지정처분에 대한 절차속행정지⁴⁸⁾를 구할 필요가 있다. 반면 우선협상대상자 지정거

46) 위 대법원 2011. 4. 14.자 2010무190 결정도 같은 취지로 보인다. 다만 대법원 2009. 12. 10. 선고 2009두8359 판결은 명백한 법적 장애로 인하여 원고 자신의 신청이 인용될 가능성이 처음부터 배제되어 있는 경우에는 당해 처분의 취소를 구할 정당한 이익이 없다고 보고 있다. 위 법리에 따라 우선협상대상자로 지정되지 못한 원고에 대하여 결정사유가 있어 소의 이익이 없다는 본안 전 항변을 하면, 소의 이익을 판단하기 위하여 본안에 대한 판단에 들어가기 전에도 원고에 대한 결정사유의 존부를 판단하여야 하는 경우도 있다.

47) 그렇다면 이미 제3자가 우선협상대상자로 지정된 경우에는 소의 이익이 없는 것이 아닌가 하는 의문이 생길 수 있다. 대법원 2015. 10. 29. 선고 2013두27517 판결의 내용에 비추어 보면, 이미 제3자가 우선협상대상자로 지정되어 있는 경우에도 여전히 자신에 대한 우선협상대상자 지정거부처분의 취소를 구할 소의 이익이 있는 것으로 보인다. 위 판결은 인가·허가 등 수익적 행정처분을 신청한 여러 사람이 서로 경원관계에 있어서 한 사람에 대한 허가 등 처분이 다른 사람에 대한 불허가 등으로 귀결될 수밖에 없을 때 허가 등 처분을 받지 못한 사람은 신청에 대한 거부처분의 직접 상대방으로서 원칙적으로 자신에 대한 거부처분의 취소를 구할 원고적격이 있고, 취소판결이 확정되는 경우 판결의 직접적인 효과로 경원자에 대한 허가 등 처분이 취소되거나 효력이 소멸되는 것은 아니더라도 행정청은 취소판결의 기속력에 따라 판결에서 확인된 위법사유를 배제한 상태에서 취소판결의 원고와 경원자의 각 신청에 관하여 처분요건의 구비 여부와 우열을 다시 심사하여야 할 의무가 있으며, 재심사 결과 경원자에 대한 수익적 처분이 직권취소되고 취소판결의 원고에게 수익적 처분이 이루어질 가능성을 완전히 배제할 수는 없으므로, 특별한 사정이 없는 한 경원관계에서 허가 등 처분을 받지 못한 사람은 자신에 대한 거부처분의 취소를 구할 소의 이익이 있다고 판시하였다.

48) 취소소송이 제기된 경우에 처분등이나 그 집행 또는 절차의 속행으로 인하여 생길 회복하기 어려운 손해를 예방하기 위하여 긴급한 필요가 있다고 인정할 때에는 본안이 계속되고 있는 법원은 당사자의 신청 또는 직권에 의하여 처분등의 효력이나 그 집행 또는 절차의 속행의 전부 또는 일부의 정지를 결정할 수 있다. 다만, 처분의 효력정지는 처분등의 집행 또는 절차의 속행을 정지함으로써 목적을 달성할 수 있는 경우에는 허용되지 아니한다(행정소송법 제23조 제2항). 우선협상대상자 지정의 경우 별개의 집행행위가 필요하지 않으므로 집행정지보다는 절차의 속행정지를 구하는 것이 적절하다.

부처분은 그 효력을 정지하여도 그 거부처분이 없는 상태로 돌아가는 것에 그치고 원고를 우선협상대상자로 지정하는 효력은 없으므로, 그 집행정지를 신청한다 하더라도 신청의 이익을 흠결하여 부적법할 가능성이 높다.

제6절 소결

공법상 계약의 경우 그 계약대상의 특수성에 비추어 강한 공공성이 요구될 뿐만 아니라 계약상대방 결정 과정에서의 공정성 또한 기대된다. 따라서 계약 상대방 결정 과정에서의 공정성과 투명성을 확보하기 위하여 특정 당사자를 배제하는 행위나 특정 당사자를 우선협상대상자로 지정하는 행위를 단순한 관념의 통지 또는 사실행위가 아닌 행정처분으로 보아 이를 항고소송으로 다룰 수 있도록 하는 것은 국가행정의 공정성과 투명성을 높일 뿐 아니라 국민의 법감정에도 부합하므로 바람직하다고 할 수 있다.⁴⁹⁾ 그리고 최종적으로 실시협약의 체결, 즉 계약상대방을 결정하는 행위로 포괄하지 않고 그 절차를 세분화하여 참가자격제한, 우선협상대상자 지정 등으로 그 단계를 나누는 것 또한 매 절차의 공정성을 확보할 뿐만 아니라 절차가 필요이상으로 진행된 이후에 뒤늦게 이를 소급적으로 취소하고 모든 절차를 다시 진행하는 비효율을 막을 수 있다는 장점이 있다.

49) 강지은, “프랑스 행정법상 ‘분리가능행위’에 관한 소고”, 행정법연구 제30호, 2011, 401면도 같은 입장이다: 우선협상대상자 선정행위를 계약관계로 구성하게 되면, 우선협상대상자 선정에서 배제된 사람은 계약의 당사자가 아니므로 당해 행위를 다룰 방법이 없게 된다. 계약체결의 상대방을 선정하는 행위는 무엇보다도 절차의 공정성과 투명성이 보장되어야 하며, 입찰참가자에게 기회의 균등이 제공되어야 한다. (중략) 국민의 권리구제와 함께 행정의 적법성 통제를 기하기 위하여 우선협상대상자 선정행위에 처분성을 인정하는 것이 보다 타당하다고 생각된다.

그러나 한편, 하자의 승계 이론과 관련하여, 단계적 행정처분에서 선행처분에 대한 제소기간이 지나 불가쟁력이 발생한 경우, 선행처분과 후행처분의 관계상 선행처분의 무효사유에 이르지 아니한 하자가 후행처분에 승계되지 아니한다면, 당사자는 선행처분의 단순 위법을 이유로 후행처분을 다룰 수 없는 상황에 부닥치게 된다. 이 점에서 선행행위의 처분성 확대는 당사자에게 꼭 유리한 것만은 아니다. 그렇지만 선행처분과 후행처분의 관계가 동일한 행정목적의 달성을 위하여 단계적인 일련의 절차로 연속하여 행하여지는 것으로서 서로 결합하여 하나의 법률효과를 발생시키는 경우라면, 선행처분의 위법을 후행처분의 위법으로도 주장할 수 있으므로, 이 영역에서 선행행위의 처분성 확대는 분명 당사자에게 이롭다.⁵⁰⁾

단계적 행정작용의 경우 후행처분의 절차가 계속되어 다룰 수 없게 되는 경우를 방지하기 위해서는 행정소송법상 집행정지 또는 절차속행정지 등의 절차를 취할 필요가 있다.

50) 김정중, “2013년 일반 행정 분야 주요 판례”, 특별법연구 11권, 특별소송실무연구회, 2014, 651면.

제3장 실시협약 체결과 혼재하는 행정처분: 사업시행자 지정

제1절 문제의 제기

민간투자법 제13조 제3항에 의하면 행정청은 우선협상대상자로 지정된 자와 총사업비 및 사용기간 등 사업시행의 조건 등이 포함된 실시협약⁵¹⁾을 체결함으로써 사업시행자를 지정한다. 따라서 특정 사업에 관하여 사인과 사이에 실시협약을 체결하는 행위는 동시에 특정 사업의 사업시행자를 지정하는 행위가 되고, 사업시행자의 자격취득에 별도의 처분이나 통지를 요하지 않는 것으로 해석된다. 실무상 주무관청은 실시협약 체결 후 사업시행자 지정통지를 별도로 하는 것이 일반적인 관행이지만 지정통지가 없었다고 해서 법률에서 정한 사업시행자 지정효과를 부인하거나 그 시기를 조절할 수는 없다고 본다.⁵²⁾

민간투자법은 사업시행자 지정을 취소할 수 있는 근거규정도 두고 있다. 따라서 주무관청은 실시협약의 내용에 아무런 위법이 없다고 하더라도 일방적으로 사업시행자 지정을 취소할 수 있다. 민간투자법이 굳이 실시협약 체결행위를 사업시행자 지정행위로 의제하는 것은, 위와 같은

51) 실무상 통상적으로 들어가는 내용은 ① 사업시행자의 지정, 시설의 사용 및 운영·관리기간의 결정, 협약당사자의 권리의무관계 등 민간투자사업 관련 기본사항, ② 법인의 설립, 실시계획 신청, 사업이행보증 및 위험 관련사항, 안전 및 환경관리 등 사업의 실시절차에 관한 사항, ③ 공사착수시기 및 공사기간, 공사감리, 지체상금의 부과 등 공사 관련사항, ④ 총사업비, 사용료 결정·변경, 목표수익률 기타 운영수입·비용 관련사항, ⑤ 투자위험분담, 운영수입보장 및 환수, 인허가 대행 등 정부지원사항(재정지원의 기준 및 절차에 관한 사항 등 포함), ⑥ 시설유지·보수·관리 및 운영관련 사항, ⑦ 위험유형의 분류기준 및 분담원칙에 관한 사항, ⑧ 협약의 중도 해지 요건과 절차 및 중도해지에 따른 해지시 지급금의 지급기준 및 지급절차에 관한 사항, ⑨ 매수청구권 실행요건 및 방법에 관한 사항, ⑩ 그 밖의 협약종료 및 분쟁처리절차에 관한 사항 등이다. 윤성철/홍성필, *민간투자사업분쟁관계법*, 도서출판 법과교육, 2014, 365면.

52) 윤성철, “민간투자사업의 구조와 쟁송형식”, 2015 판례연구, 서울지방법원사회, 2016, 304면.

공법적 통제를 강화하기 위한 의도에 기초한 것으로 보인다.

그런데 위와 같은 사업시행자 지정행위가 실시협약 체결행위와 개념적으로 구별되는 행위로서 행정처분으로서의 특질을 갖추었다고 볼 수 있는지, 굳이 하나의 행위를 두 가지로 나누어 파악할 필요가 있는 것인지 등의 의문이 들 수 있다. 따라서 사업시행자 지정행위가 행정처분인지, 그 범위는 어디까지인지부터 파악할 필요가 있다.

실시협약 체결행위와 사업시행자 지정행위가 혼재하는 경우, 공법상 계약과 행정처분이 그 위법성 판단을 달리함으로 인한 문제가 발생할 수 있다. 행정청이 사업시행자 지정처분을 취소·철회하는 경우 실시협약의 효력 문제, 반대로 실시협약이 해제·해지 또는 취소될 경우 사업시행자 지정처분의 효력 문제에 관하여 의사표시, 취소 또는 해제·해지의 사유, 필요한 절차 등 다양한 쟁점이 있다.

제2절 사업시행자 지정행위의 처분성

1. 서론

민간투자법 제13조 제3항은 계약의 체결행위 자체를 주무관청의 사업시행자 지정행위로 의제하고 있다. 먼저 공법상 계약의 체결행위를 별개의 행정처분이라고 볼 수 있을 것인지에 관한 이론적 검토가 필요하다. 행정처분이 그 개념징표에 있어서 공법상 계약과 구별되는 가장 큰 차이점은 ‘행정청의 일방적 의사에 의하여 효력이 발생한다’는 것이다. 공법상 계약의 체결행위는 쌍방의 의사합치에 의하여 이루어지지만, 행정처분은 일방적이고 고권적인 의사표시에 의하여 이루어진다.

공법상 계약의 체결행위를 1개의 사실행위로 평가한다면 행정청은 일

방적인 의사표시를 하지 않았다고 볼 수 있다. 그러나 법률관계의 해석상 이론적으로는 행정청이 계약 체결행위로 나아감으로써 ‘상대방과 계약을 체결하겠다는 일방적인 의사를 표시한’ 것으로 볼 수도 있다. 이와 같은 이론적 논의는 독일, 프랑스에서 행정청의 ‘사법으로의 도피’를 막기 위하여 하나의 행위 또는 일련의 행위 중 일부를 행정처분으로 파악한 데서 비롯되었다.

현행법의 규정상 사업시행자 지정행위를 별개의 행정처분으로 볼 수 있는지와 관련하여, ① 개념적으로 분리 가능한지, ② 행정처분으로서의 개념징표를 갖고 있는지, ③ 행정처분으로서 적법한 의사표시가 있는지 등이 문제될 수 있다. 이에 더하여, 사업시행자 지정행위를 별개의 행정처분으로 볼 경우 발생하는 법적 규율의 차이점 또한 고려하여야 한다.

2. 공법상 계약과 행정처분의 중첩에 관한 외국의 이론

(1) 독일의 2단계론 등

독일의 경우 계약체결을 하기로 하는 결정이나 계약체결을 거부하는 결정 모두 행정상의 의사표시에 불과하며 행정처분으로서의 법적 성질을 갖지는 않는다는 점이 이전의 통설과 판례였다. 다만 명시적으로 결정, 처분과 같은 표현을 사용하고 권리구제수단을 고지한 경우는 행정처분으로 볼 수 있다고 한다. 독일에서는 계약 당사자가 아닌 제3자가 계약무효확인소송을 제기할 수 있어, 계약체결과 관련된 결정을 별도로 취소소송의 대상으로 삼을 실익도 없었던 것으로 보인다.⁵³⁾

2단계론은 원래 1950년대 급부행정 영역에서 급부거부결정에 대한 취소소송을 인정하기 위해 제안된 것으로서, 급부의 방법과 절차(제2단

53) 김대인, 행정계약법의 이해, 경인문화사, 2011, 144면-145면, 259면.

계)는 비권력적인 것이지만, 급부상대방을 정하는 결정(제1단계)은 권력적인 행위로서 행정행위에 해당하기 때문에 이에 대해 취소소송을 제기할 수 있다는 것이었다. 위 논의는 급부행정이 비권력행정으로서 공법관계에 속하는 것으로 정착되고, 나아가 공법적 행정작용에 대해서도 행정소송(금지소송과 일반이행소송)이 허용됨으로써 그 의의가 소멸하였으나, 행정조달계약과 관련하여 다시 중요한 의미를 가지게 되었다.⁵⁴⁾

행정조달계약과 관련된 전통적인 2단계론은 행정처분과 사법상 계약의 2단계 형식을 띠고 있지만, 이후로 2단계가 아닌 1단계(공법상의 계약, 행정사법적 계약, 순수한 사법적 계약, 행정행위)로 구성하거나, 2단계로 구성하더라도 행정처분 이후의 2단계를 공법상 계약으로 보는 보충적 견해와, 행정처분과 공법상 계약이 결합된 것으로 보는 이면설 등이 제시되기도 하였다.⁵⁵⁾

그런데 공법상 계약과 행정처분은 상이한 법효과를 야기하기 때문에, 형식선택의 자유를 수용하면 실무에서 커다란 법적 불안정성이 있게 된다. 특히 2단계적 법구조를 취하는 경우, 2단계 행위의 수용이 여러 가지 허구(Fiktion)에 근거하고 있고, 단일한 생활관계를 두 가지 상이한 법률관계로 갈라놓아, 경계구분의 곤란과 함께 상호간에 미치는 효과(영향)를 불명확하게 할 수 있다는 문제점이 있다.⁵⁶⁾

제1단계의 기본결정이 무효로 되거나 사후에 취소된다면 제2단계에서 구체적으로 제공되는 급부행위에는 어떤 효과가 미치는가의 문제도 남아 있다. ① 제1단계의 결정을 제2단계의 효력요건으로 보아 제1단계가 효력이 없는 경우 제2단계에서의 계약은 바로 무효로 된다는 견해,

54) 박정훈, 행정법의 체계와 방법론, 박영사, 2005, 190면, 196-197면에 의하면 계약체결 상대방의 최종 결정행위, 즉 낙찰과 낙찰자에 대한 계약체결 또한 2단계론으로 설명할 수 있다. 따라서 사업시행자 지정과 실시협약의 체결도 같은 이론으로 설명할 수 있을 것으로 보인다.

55) 김병기/황선훈, “독일 이단계이론에 대한 법적 소고”, 중앙법학 17집 2호, 2015, 189-196면.

56) 이경운, “소프트웨어산업진흥법의 문제점과 개정방향”, 행정법연구 10호, 2003, 132면.

② 제1단계에서의 결정은 제2단계에서의 계약의 법적 근거가 된다고 보아, 제1단계에서의 결정이 효력을 상실하면 제2단계에서의 계약에 의한 급부는 법률상 원인 없는 급부가 되어 부당이득반환청구권의 문제가 된다고 보는 견해, ③ 제1단계에서의 결정은 제2단계에서의 계약의 이른바 ‘행위근거’가 된다고 보아, 제1단계에서의 결정이 효력이 없게 되면 행위근거의 결여를 이유로 제2단계에서의 계약의 해지사유가 된다고 보는 견해, ④ 제2단계의 계약이 체결됨과 동시에 제1단계의 결정은 소멸한다고 보아, 제1단계에서의 결정은 제2단계에서의 계약에 아무런 영향을 미치지 않는다는 견해 등⁵⁷⁾이 대립되어 있어, 통일적인 해결방안이 마련되어 있지 않다.

(2) 프랑스의 분리가능한 행위이론

프랑스의 분리가능한 행위이론은 행정계약⁵⁸⁾ 중에서 집행적 결정의 요소를 띤 것으로 분리 가능한 부분이 있다면 이를 행정행위로 보아 월권소송⁵⁹⁾으로 다룰 수 있도록 하는 이론이다.

계약당사자가 아닌 제3자는 원칙적으로 완전심판소송을 제기할 수 없었으나, 1905년 국사원의 마땅(Martin) 판결 이후 행정계약에 관한 소송 중에서도 행정계약의 체결이나 이행에 있어서 이루어지는 공권력적 특성을 지니는 작용은 행정행위의 특성을 지니므로 행정계약에서 분리될

57) 류지태/박종수, 행정법신론, 박영사, 2016, 33-34면.

58) 프랑스의 행정행위는 행정의 모든 공법적 행위를 포괄하는 것으로, 일방적 행위인 집행적 결정과 쌍방적 행위인 행정계약을 모두 포함하는 개념이다. 여기서 행정계약은 행정이 체결하는 계약 중 공법적인 것만을 가리키고 사법적인 것은 제외된다는 점에서 독일의 공법상 계약과 동일하지만, 공법의 개념이 공역무와 공익을 중심으로 기능적·실질적인 관점에서 매우 넓게 파악되므로, 그것보다 범위가 훨씬 넓다. 박정훈, 행정법의 체계와 방법론, 박영사, 2005, 201면.

59) 프랑스 행정소송의 주된 유형은 우리나라의 취소소송에 상응하는 월권소송과 당사자소송에 상응하는 완전심판소송이다. 행정계약의 효력과 채무불이행에 관한 분쟁은 월권소송의 대상이 되고, 행정계약의 체결과 집행을 위한 행정청의 제반 조치는 계약으로부터 분리되는(분리가능한) 행위로서 월권소송의 대상이 된다. 박정훈, 행정법의 체계와 방법론, 박영사, 2005, 204면.

수 있다고 보아, 이를 월권소송으로 다룰 수 있게 하였다.⁶⁰⁾ 월권소송의 인정 범위는 점차 확대되어, 계약 체결행위에서 나아가 계약의 이행단계, 계약 내용에 관한 월권소송까지 인정되기에 이르렀다.⁶¹⁾

그러나 분리가능한 행위의 취소는 그 자체의 취소만을 이끌어낼 뿐, 계약 전체의 효력에 대해서는 직접적인 효력을 가지지 않는다는 것이 오랜 판례의 입장이었다.⁶²⁾ 1989년 국사원 신고·연구부의 공식적 견해에 의하면, 위 행위의 취소 자체만으로 계약의 효력에는 영향이 없는데, 취소판결의 기판력에 의거하여 발주청은 계약의 집행을 중지하고 계약법원에 계약의 무효의 확인을 구하는 소송을 제기하거나 계약을 해지할 의무를 부담하게 되지만, 예외적으로 긴급성 또는 재정적 이유 등으로 계약의 집행이 요구되거나 ‘분리 가능한 행위’의 위법성이 계약 상대방 선정에 영향을 미치지 않는 경우에는 그러한 의무도 없다고 한다.⁶³⁾

2007. 7. 16. 국사원 전원재판부는 낙찰받지 못한 입찰자에게 완전 심판소송의 방식으로 계약의 유효성을 다룰 가능성을 인정하였다. 따라서 분리가능한 행위 이론은 그 입지가 줄어들게 된 측면이 있지만, 여전히 계약의 이행 단계에서의 행정조치에 대하여 다른 소송수단이 없는 제3자에게 월권소송의 가능성을 보장한다는 점에서 분리가능한 행위 이론의 기능적 의의는 여전히 존재한다.⁶⁴⁾

3. 우리나라의 학설과 판례

60) 강지은, “프랑스 행정법상 ‘분리가능행위’에 관한 소고”, 행정법연구 제30호, 2011, 375면.

61) 국사원은 1905 Martin 판결에서 계약 체결에 관하여, 1964년 상공업매달 주식회사 판결에서 협약의 해지를 거부한 행위에 관하여, 1987년 TV6 판결에서 계약해지 결정에 관하여, 1998년 리죄 마을 판결에서 계약 자체에 대하여 월권소송의 가능성을 허용하였다. 강지은, “프랑스 행정법상 ‘분리가능행위’에 관한 소고”, 행정법연구 제30호, 2011, 382면-384면.

62) 강지은, “프랑스 행정법상 ‘분리가능행위’에 관한 소고”, 행정법연구 제30호, 2011, 391면.

63) 박정훈, 행정법의 체계와 방법론, 박영사, 2005, 205-206면.

64) 강지은, “프랑스 행정법상 ‘분리가능행위’에 관한 소고”, 행정법연구 제30호, 373-374면, 396-398면.

(1) 학설

행정처분과 계약에 관하여 2단계론이 적용되는 것이 가능하다는 것 자체는 인정하는 것이 다수설로 보인다. 다만 구체적으로 민간투자법에 있어서 사업시행자 지정처분이 실시협약과 별개의 행정처분인지에 관하여 학설이 분명하게 대립되어 있지는 않다.

사업시행자 지정처분의 독립성을 인정하기 어렵고, 사업시행자 지정의 효과는 단지 당사자 사이의 합의와 법령의 규정에 의하여 당연히 발생하는 것이므로 이를 행정청의 행정처분으로 보기 어렵다는 의견이 있는 반면,⁶⁵⁾ 실시협약의 체결이라는 행정계약의 체결은 사업시행자 지정처분이라는 행정행위 효과를 가져옴과 동시에 수익형 민간투자사업의 경우에 장래 건설된 사회간접자본시설물의 이용자에게 사용료의 부담의무를 부과하는 일반적·개별적 처분, 즉 일종의 ‘일반처분’의 효과를 가져온다고 보아, 실시협약의 행정작용을 ‘삼면적 행정작용관계’에 있어서 ‘이중처분적 행정계약’이라는 개념으로 설명하는 견해가 있다.⁶⁶⁾

(2) 판례

대법원 판례는 기본적으로 행정청의 의사표시가 계약에 관한 의사표시인지, 행정처분인지는 법령의 규정취지와 내용에 비추어 개별적·구체적으로 판단하는 입장으로 보인다.⁶⁷⁾

65) 조철호, “사회기반시설에 대한 민간투자법상 실시협약의 법적 성질과 소송방법”, 인권과 정의 384호, 15면. 실시협약의 체결 없이 단지 사업시행자를 지정하는 처분만을 하였을 경우에는 민간투자법 제13조 제3항에 명시적으로 위반되므로 효력이 없다는 견해이다.

66) 윤성철, “민간투자사업의 구조와 쟁송형식 -항고소송과 당사자소송의 관계를 중심으로-”, 판례연구 제29집 2, 서울지방법번호사회, 2016. 윤성철, “공공시설에 대한 민간투자법제에 대한 연구”, 성균관대학교 박사학위논문, 2005. 2.

67) 일례로 대법원 1993. 9. 14. 선고 92누4611 판결은 다음과 같이 판시하였다: 지방전문직공무원에 대한 채용계약의 해지가 공무원의 신분을 박탈한다는 점에서는 파면·해임의 징계처분이나 직권면직처분과 크게 다를 바 없는 불이익처분이기기는 하지만, 지방전문직공무원 채용계약의

대법원 판례가 명시적으로 ‘사업시행자의 지정행위는 행정소송법상 항고소송의 대상이 되는 행정처분이다’라고 실시한 것은 없으나, 사업시행자 지정행위가 행정처분임을 전제로 ‘사업시행자 지정처분’과 후행처분인 ‘실시계획 승인처분’이 위법하다는 주장을 판단한 사례가 있다.⁶⁸⁾

대법원 2009. 4. 23. 선고 2007두13166 판결의 원심판결인 서울고등법원 2007. 5. 31. 선고 2005누25501 판결은 실시협약의 내용 중 정부가 토지수용 등 모든 방법을 동원하여 사업시행자에게 사업부지 내 토지를 배타적으로 무상제공한다는 내용이 제3자의 권리를 침해하는 것임에도 제3자의 동의가 없었으므로 실시협약이 무효이거나 위법하다는 주장에 대하여, 사업시행자 지정처분과 일체관계에 있는 실시협약을 단순한 공법상 계약으로만 보기 어렵고, 설령 공법상 계약으로 본다고 하더라도 구 민간투자법 제20조에 근거하였으므로⁶⁹⁾ 무효이거나 위법하다고 볼 수 없다고 판시하였다. 상고심인 대법원 2009. 4. 23. 선고 2007두

해지가 지방자치단체의 장의 일방적인 의사표시에 의하여 공무원의 신분을 박탈하는 불이익처분이라고 하여 곧바로 그 의사표시가 지방자치단체의 장이 행정청으로서 공권력을 행사하여 행하는 행정처분이라고 단정할 수는 없을 것이고, 공무원법제에 관한 현행 실정법이 지방전문직공무원의 근무관계에 관하여 구체적으로 어떻게 규정하고 있는가에 따라 그 의사표시가 항고소송의 대상이 되는 처분 등에 해당하는 것인지의 여부를 개별적으로 판단하여야 할 것이다. 국가공무원법 및 지방공무원법 등 관계법령의 규정내용으로 미루어 보면, 현행 실정법이 지방전문직공무원 채용계약 해지의 의사표시를 일반공무원에 대한 징계처분과는 달리 항고소송의 대상이 되는 처분 등의 성격을 가진 것으로 인정하지 아니하고, 지방전문직공무원규정 제7조 각호의 1에 해당하는 사유가 있을 때 지방자치단체가 채용계약관계의 한쪽 당사자로서 대등한 지위에서 행하는 의사표시로 취급하고 있는 것으로 이해되므로, 지방전문직공무원 채용계약 해지의 의사표시에 대하여는 대등한 당사자간의 소송형식인 공법상의 당사자소송으로 그 의사표시의 무효확인을 청구할 수 있다고 보아야 할 것이다.

68) 대법원 2009. 4. 23. 선고 2007두13166 판결, 대법원 2010. 5. 27. 선고 2009두839 판결 등.

69) 민간기업이 수용의 주체가 되어 사인의 토지를 수용하는 것과 관련하여서는, 산업입지 및 개발에 관한 법률 제11조에 관한 헌법재판소의 2009. 9. 24. 선고 2007헌바114 결정이 있다. 법정의견과 소수의견은 ① 민간기업도 수용의 주체가 될 수 있다는 점, ② 영리추구 활동의 결과 경제발전에 기여하게 되는 경우도 수용의 공공필요성을 충족시킬 수 있다는 점, ③ 그러한 수용의 경우 공익성 담보장치가 필요하다는 점에 대해서는 뜻을 같이한다. 그러나 민간기업의 영리추구활동을 통해 달성되는 공익적 가치와 토지소유자의 재산권의 가치에 대해, 법정의견은 전자에, 소수의견은 후자에, 더 높은 가치를 두고 있다. 최계영, “민간기업에 의한 수용”, 행정판례연구 16-1집, 박영사, 2016, 251면.

13166 판결은 ‘구 민간투자법의 사업시행자는 같은 법 제20조에 의하여 당해 사업을 시행하기 위하여 필요한 제3자의 토지 등을 수용·사용할 수 있는 것이지, 주무관청과 체결한 실시협약 자체의 효력으로 제3자의 토지 등을 수용·사용하는 것이 아니다.’라고 하였고, ‘설령 이 사건 실시협약의 내용이 그 주장과 같이 부당하더라도 이 사건 사업시행자 지정처분을 무효로 할 만큼 중대하고 명백한 하자라고 할 수 없다’고 판시하였다.

위 판시는 사업시행자 지정처분이 실시협약과는 별개로 존재한다는 취지로 해석할 수 있겠으나, 이를 명시적으로 표현한 것은 아니고, 그 밖에도 여러 면에서 명확하지 못한 측면이 있다. 일단 사업시행자가 구 민간투자법 제20조의 적용을 받아 토지 등의 수용·사용권을 갖게 되는 것은 위 조문에 의하여 부여된 ‘공법상 계약의 효력’이라고 볼 여지도 충분하고, 반드시 행정처분을 전제로 하는 것은 아니다. 그리고 실시협약의 내용상 하자를 이유로 사업시행자 지정처분을 다룰 수 있는지에 관하여도 분명하게 판시하지는 않은 것으로 보인다.

4. 사업시행자 지정행위를 별개의 행정처분으로 볼 때 법적 규율의 차이

(1) 위법성 통제의 강화

사업시행자 지정행위를 별개의 행정처분으로 보는 경우, 행정청의 입장에서는 공익이나 사정변경 등을 이유로 한 행정처분의 철회·취소가 가능하고, 수익적 행정처분의 경우 부관을 붙이는 것도 가능하다. 따라서 민간투자사업의 공공성을 보장하는 것이 용이해질 수 있다.

계약당사자가 아닌 제3자에 대하여도 행정처분에 관한 구제수단⁷⁰⁾

70) 단순한 공법상 계약의 경우 제3자가 무효확인을 구하는 것은 어렵다. 아래 제3절 2. 참조.

이 인정될 수 있는 장점이 있다. 법률상 이익이 인정되는 제3자는 사업시행자 지정처분을 항고소송으로 다투어 그 취소나 무효확인을 구할 수 있고, 이에 관하여는 공법상 계약이 아닌 행정처분으로서의 위법성 기준이 적용될 것이다. 행정처분의 절차속행 정지신청을 통하여 사업시행자 지정 이후의 단계, 즉 실시계획 승인 및 실제 사업의 시행을 막을 수 있다는 점에서도 실익이 있다.

(2) 문제점

그러나 사업시행자 지정행위를 별개의 행정처분으로 인정할 경우 앞서 본 독일의 사례와 같이, 공법상 계약과 행정처분의 위법성이나 효력 판단의 기준이 달라 문제가 발생할 수 있다. 그런데 아래에서 보는 바와 같이, 민간투자법령이 실시협약과 사업시행자 지정처분의 관계를 입법적으로 해결한 것으로 보이지는 않는다.

위법성 통제와 관련된 장점들이 사업시행자의 입장에서는 단점으로 직결된다. 사업시행자의 관여 없이 주무관청 또는 제3자에 의하여 사업시행자 지정처분이 취소되고 실시협약의 이행이 저지된다면, 사업시행자의 법적 지위가 크게 불안해지고, 사적 자치의 이점은 사라진다.

나아가 공법상 계약이 곧 행정처분이어서 행정처분에 관한 공법원리가 모두 적용된다고 볼 경우⁷¹⁾ 행정청이 공법상 계약의 작용형식을 선택한 의미는 퇴색되고, 결국 민간의 창의성과 효율성을 추구하려는 목적의 달성도 저해될 수 있다.

5. 현행법의 분석

71) 이는 사업시행자 지정행위의 내용 또는 범위를 어디까지로 보느냐에 따라 달라질 수 있는 문제이다. 자세한 논의는 아래 제3절을 참조.

(1) 사업시행자 지정행위의 개념적 분리가능성

민간투자법 제13조 제3항은 ‘실시협약을 체결함으로써 사업시행자를 지정한다.’고 하여, ‘사업시행자의 지정행위’라는 개념이 존재함을 명시하고 있다. 민간투자법 제46조, 제47조의 문언적·논리적 반대해석에 의하더라도 사업시행자의 지정행위는 존재한다. 행정청은 민간투자법 제46조, 제47조에 의하여 사업시행자의 지정행위를 일방적으로 취소할 수 있지만, 실시협약을 해제·해지하거나 취소할 수는 없다.

(2) 행정처분으로서의 의사표시 방식

행정절차법에 의하면 행정청이 처분을 할 때에는 다른 법령 등에 특별한 규정이 있는 경우를 제외하고는 문서로 하여야 하며, 전자문서로 하는 경우에는 당사자등의 동의가 있어야 한다. 다만, 신속히 처리할 필요가 있거나 사안이 경미한 경우에는 말 또는 그 밖의 방법으로 할 수 있다. 이 경우 당사자가 요청하면 지체 없이 처분에 관한 문서를 주어야 한다(제24조 제1항).

행정청이 우선협상대상자와 사이에 작성한 계약서를 두고 행정청의 처분서라고 보기는 어렵다. 다만 민간투자법 제13조 제3항이 명시적으로 실시협약을 체결함으로써 사업시행자를 지정한다고 규정하고 있으므로, 이를 ‘다른 법령 등에 특별한 규정이 있는 경우’로 보아 실시협약의 체결행위 자체를 사업시행자의 지정행위로 간주할 수 있다. 따라서 사업시행자 지정행위는 법정요건에 적합하고 외부에 표시된 것으로서 행정처분으로서의 성립요건과 효력발생요건을 갖추었다고 볼 수 있다.

(3) 행정처분으로서의 개념징표

사업시행자의 지정행위는 민간투자법에 따른 것으로 구체적 사실에

관한 법집행에 해당한다고 볼 수 있다. 민간투자법이 ‘사업시행자 지정 행위’를 의제하고 있으므로, 공법상 계약과 구별되는 의사표시인 고권적·일방적 의사표시 또한 존재하는 것으로 해석할 수 있다. 따라서 사업시행자의 지정행위는 행정처분으로서의 개념징표를 갖추고 있다.

대법원 관례에 의할 때 항고소송의 대상이 되는 행정처분에 해당하려면 상대방 또는 기타 관계자들의 법률상 지위에 직접적인 변동을 일으켜야 한다. 민간투자법 제13조 제4항은 사업시행자로 지정된 자는 관계법률에 따른 사업시행자로 본다고 하여, 관계법률이 정한 사업시행자로서의 지위 취득을 의제하고 있다. 그리고 사업시행자로 지정된 자는 앞서 본 바와 같이 토지보상법을 준용하여 타인의 토지에 출입하거나 토지를 수용·사용할 권한을 부여받게 된다.⁷²⁾ 위와 같은 효력은 제3자의 동의를 필요로 하지 않는다.⁷³⁾ 따라서 사업시행자 지정행위는 항고소송의 대상이 되는 행정처분에 해당한다.

다만 위와 같은 효력은 법령에 의하여 발생하는 것이므로, 반드시 행정처분을 전제로 하는 것은 아니다. 법률에 근거가 있는 경우 사인도 이른바 공무수탁사인으로서 행정주체가 될 수 있고, 공법상 계약을 체결하였더라도 법령에 근거하여 위와 같은 효력이 발생할 수 있다.

6. 민간투자법의 연혁적 분석

72) 다만 민간투자법 제18조에 의한 타인의 토지출입 등, 제20조에 의한 토지 등의 수용·사용은 사업실시계획의 승인을 받은 후에야 가능하다. 민간투자법 제13조 제5항에 의하여 사업시행자로 지정받은 자는 지정받은 날부터 대통령령이 정하는 기간 내에 실시계획의 승인을 신청하여야 하고, 이 기간 내에 실시계획의 신청을 하지 아니한 때에는 사업시행자지정의 효력을 상실한다. 따라서 사업시행자지정처분 자체로 사업시행구역 내의 토지 소유자들의 재산권 침해가 발생하는 것은 아니어서, 사업시행자지정처분 단계에서는 위 토지 소유자들이 재산권 침해를 이유로 사업시행자지정처분의 취소를 구할 수 없다(대법원 2009. 4. 23. 선고 2008두242 판결). 대법원은 위 사건에서 사업시행구역 내의 토지 소유자들이 법률상 보호되는 이익을 가지지 못한다고 보아 소를 각하한 원심이 정당하다고 판단하였다.

73) 독일의 경우 제3자 부담적 처분계약에는 제3자의 동의가 효력발생요건이라고 보고 있다. 정준현, 행정작용의 법형식에 관한 연구, 고려대학교 대학원, 1991, 94면.

그런데 흥미로운 점은, 1994. 8. 3. 제정된 민간자본유치촉진법은 사업시행자 지정과 실시계획 승인을 예정하고 있었을 뿐, 실시협약의 체결에 관하여는 아무런 규정을 두고 있지 않았다는 것이다. 1998. 12. 31. 전부개정된 사회간접자본시설에 대한 민간투자법에서 비로소 ‘실시협약’이 법령에 도입되었다. 개정의안의 제안이유는 경직적인 운영체도를 국제기준에 맞게 전면 개편하여 민간투자를 활성화하고자 하는 것이고,⁷⁴⁾ 주요골자 중에는 ‘주무관청은 시설사업기본계획에 의하여 제출된 사업계획을 검토·평가한 후 협상대상자로 지정된 자와 실시협약을 체결함에 있어 총사업비와 사용기간 등 사업시행의 조건 등이 포함되도록 함’이 포함되어 있다.⁷⁵⁾ 위와 같은 제안내용에 비추어 보면, 독일의 2단계론이 등장한 배경과는 반대로, 우리나라에서는 주무관청의 일방적이고 경직적인 행정작용을 제한하기 위해 공법상 계약을 도입하였다고 볼 수 있다. 당사자의 합의에 의하여 사업시행의 조건을 결정하는 실시협약의 체결로서 사업시행자 지정처분을 갈음하도록 함으로써, 민간투자를 활성화시키고 주무관청은 별도의 일방적인 사업시행자 지정처분을 하지 않도록 제한한 것이다. 그러나 한편으로는 민간투자사업의 기초를 실시협약으로 하면서도, 사업시행자 지정행위라는 개념을 포기하지 않고 그 일방적인 취소를 가능하도록 하는 규정을 남겨둔 것은 여전히 실시협약에 대하여 계약 이상의 공법적 통제를 가하고자 하였던 것으로 보인다.

74) 사회간접자본시설에 대한 제정의 한계를 보완하고 공공부문에 민의 창의와 효율을 도입하기 위하여 94년에 민간자본유치촉진법을 제정한 이후 민자유치사업이 95년부터 본격적으로 시행되고 있으나, 현제도는 특혜시비를 우려하여 사업의 수익률을 제한하는 등 지나치게 경직적으로 운영되어 그 추진성과가 매우 부진한 상황이므로 현행제도를 국제기준에 맞게 전면 개편하고 수익성 제고 등 적극적 유인체계를 제공함으로써 외국자본 등 민간투자를 적극 활성화하는 한편 이를 통해 경제 활성화, 국가경쟁력 강화, 성장잠재력 확충을 도모하려는 것임. 위 제안이유는 개정문에 그대로 반영되었다.

75) 위 부분은 개정문에 포함되지 않았다.

7. 소결

공법상 계약의 체결행위를 행정처분으로 파악하는 것은 국민의 권리보호, 행정의 공공성 유지 등과 관련하여 뚜렷한 장점이 있다. 민간투자법의 해석상 사업시행자 지정행위는 실시협약과는 별개의 개념으로 존재하고, 행정처분으로서의 개념징표와 성립요건, 효력발생요건도 갖추었다고 볼 수 있다. 입법자가 실시협약을 도입하면서도 사업시행자 지정행위의 개념과 그 일방적인 취소근거를 남겨둔 것 또한 실시협약과는 별도로 공법적 통제를 가하고자 한 것으로 해석할 수 있다. 따라서 민간투자법상 사업시행자 지정행위는 행정처분으로 파악함이 타당하다.

그러나 공법상 계약과 행정처분이 위법성과 효력에 관한 판단을 달리할 경우 양자의 불일치로 인한 문제가 발생할 수 있다. 특히 사업시행자 지정행위와 실시협약 체결행위는 1개의 사실행위로서 후자가 전자로 의제되므로 그 효력을 별개로 파악할 실익이 없고, 양자가 효력을 달리할 경우 의미 없는 분쟁만이 심화될 수 있다. 이와 관련하여 사업시행자 지정의 취소·철회사유, 실시협약의 해제·해지·취소사유에 따라 타방 행위의 위법성과 효력을 어떻게 판단할 것인지에 관한 논의가 이루어져야 한다. 다만 위와 같은 판단기준을 세우기 위해서는 일단 사업시행자 지정행위가 실시협약의 내용을 포함하는지, 즉 사업시행자 지정행위의 범위가 어디까지인지를 먼저 살펴볼 필요가 있다.

제3절 사업시행자 지정처분의 범위: 실시협약 포함여부

1. 문제의 제기

앞서 살펴본 독일의 2단계론에 의하면, 사업시행자 지정행위는 ‘우선

협상대상자와 실시협약을 체결할 것인지 말 것인지'를 결정하는 데까지로 제한되고, 그 이후에 '실시협약의 내용을 어떻게 구체화할 것인지'를 포함하지는 않는 것으로 보인다. 그렇다면 실시협약의 내용에 하자가 있음을 이유로 사업시행자 지정처분의 취소를 구하는 것은 불가능하다고 해석할 것인가?

대법원 2009. 4. 23. 선고 2007두13166 판결, 대법원 2010. 5. 27. 선고 2009두829 판결은 '이 사건 실시협약의 내용이 그 주장과 같이 부당하더라도 이 사건 사업시행자 지정처분을 무효로 할 만큼 중대하고 명백한 하자라고 볼 수 없다'라는 표현을 사용하였다. 위 판시의 논리적 반대해석은 실시협약의 내용상 하자가 중대·명백하다면 사업시행자 지정처분 또한 무효라는 것이다. 그렇다면 대법원 판례는 사업시행자 지정처분에 실시협약의 내용이 포함되는 것으로 해석한다⁷⁶⁾고 추측할 수 있다.

사업시행자 지정처분을 단순히 '특정 당사자와 실시협약을 체결하기로 하는 행정처분'으로, 실시협약을 '사업시행자로 지정된 자와 구체화한 계약'으로 보는 것이 기존 2단계론의 입장이었다면, 대법원 판례를 위와 같이 해석하는 견해는 실시협약의 체결, 즉 '해당 상대방과 해당 내용의 계약을 체결하기로 결정하는 행위' 자체를 사업시행자 지정처분으로 보는 입장이다.

사업시행자 지정처분이 구체화된 실시협약의 내용을 포함하는지와 관련된 논의는, 실시협약의 당사자가 아닌 제3자가 실시협약의 하자를 이유로 사업시행자 지정처분의 취소를 구할 수 있는지와 관련하여 주된 실익이 있다. 현행법과 실무상 제3자가 실시협약의 하자를 다룰 방법이 없다면 사업시행자 지정처분이 실시협약을 포함한다고 해석할 필요성이

76) 실시협약의 체결은 사업시행자 지정처분보다 시간적으로 선행한다고 보기 어려우므로 실시협약의 하자가 사업시행자 지정처분에 승계된다는 뜻이라기보다는, 실시협약의 하자가 곧 사업시행자 지정처분의 하자가 된다는 것으로 해석하는 것이 보다 논리적이다.

제기될 수 있다. 민간투자법의 규정상 사업시행자 지정처분이 실시협약을 포함하고 있다고 해석할 수 있는지, 대법원 판례의 입장은 어떻게 해석될 수 있는지 등이 종합적으로 평가되어야 한다.

2. 제3자가 실시협약의 하자를 다투는 방법

(1) 실시협약을 다투는 방법

실시협약은 공법상 계약이므로, 계약당사자가 아닌 제3자가 행정처분을 전제로 하는 항고소송을 제기하는 것은 불가능하다.⁷⁷⁾ 공법상 당사자소송으로는 실시협약의 무효확인을 생각해볼 수 있으나, 민사소송과 유사한 공법상 당사자소송에서 계약당사자가 아닌 제3자에게 계약의 무효확인을 구할 이익이 인정되기는 어렵다. 민사상 확인의 소는 반드시 원·피고 간의 법률관계에 한하지 아니하고 원·피고의 일방과 제3자 또는 제3자 상호 간의 법률관계도 대상이 될 수 있으나, 그러한 법률관계의 확인은 법률관계에 따라 원고의 권리 또는 법적 지위에 현존하는 위험, 불안이 야기되어 이를 제거하기 위하여 법률관계를 확인의 대상으로 삼아 원·피고 간의 확인판결에 의하여 즉시 확정할 필요가 있고, 또한 그것이 가장 유효적절한 수단이 되어야 확인의 이익이 있다(대법원 2017. 3. 15. 선고 2014다208255). 공법상 항고소송으로서의 무효확인소송의 경우는 보충성이 불필요하다는 것이 대법원 판례의 입장이나, 공법상 당사자소송으로서의 제3자 사이의 계약에 관한 무효확인소송의 경우까지 당연히 그렇게 해석된다고 보기는 어렵다.⁷⁸⁾

77) 그러나 실시협약은 도시 및 주거환경정비법의 관리처분계획처럼, 그 내용이 당사자에게 구체적이고 결정적인 영향을 미치는 것으로서 일반처분에 해당한다는 견해도 있다. 윤성철/홍성필, 민간투자사업분쟁관계법, 도서출판 법과교육, 2014, 379면.

78) 부산지방법원 2015. 6. 4. 선고 2014구합596 판결. 계약당사자가 아닌 원고가 한국보훈복지의료공단이 체결한 위탁병원 지정계약의 무효확인을 구하였으나, 공법상 당사자소송의 소의 이

프랑스는 제3자가 행정계약에 관하여 완전심판소송을 제기할 수 없다고 보다가, 2007년 국사원이 명시적으로 제3자가 완전심판소송으로 행정계약의 유효성을 다툴 수 있다고 판시한 바 있다.⁷⁹⁾ 우리나라 대법원 판례의 입장이 위와 같이 변경된다면 사업시행자 지정처분의 범위와 관련된 논란은 대부분의 실익이 없어질 것으로 보인다.

(2) 사업시행자 지정처분을 다투는 방법

공법상 계약의 당사자가 아닌 제3자가 공법상 당사자소송으로 계약의 효력을 다투는 것이 불가능하다면, 결국 사업시행자 지정처분을 통하여 계약의 효력을 다투는 방안을 강구하게 된다. 프랑스 국사원이 1998년 계약 자체에 대하여 월권소송의 가능성을 허용한 것⁸⁰⁾도 같은 취지였던 것으로 평가된다.

행정처분은 그 절차나 내용 모두의 하자를 다툴 수 있으므로, 사업시행자 지정처분에 실시협약의 내용이 포함되는 것으로 해석하는 한 제3자가 실시협약의 내용이 위법함을 이유로 사업시행자 지정처분의 취소를 구할 수도 있을 것으로 보인다. 결국 공법상 계약에 내용상의 하자로 인한 취소사유를 인정하지 않는다고 하더라도, 사업시행자 지정처분의 취소를 구할 수 있다면 실시협약의 하자도 주장할 수 있게 되는 결과를 낳 것이다.

대법원 판례와 같은 견해는 제3자로 하여금 실시협약의 하자를 다툴 수 있도록 하는 방안을 마련하였다는 점에서는 긍정적으로 평가할 수 있다. 다만 실시협약의 내용상 하자는 사업시행자 지정처분을 취소할 정

익에 관하여는 민사소송법이 준용됨을 전제로, 확인의 이익이 없다고 보아 각하판결이 이루어졌다.

79) 강지은, “프랑스 행정법상 ‘분리가능행위’에 관한 소고”, 행정법연구 제30호, 2011, 396면.

80) 강지은, “프랑스 행정법상 ‘분리가능행위’에 관한 소고”, 행정법연구 제30호, 2011, 383-384면.

도가 되어야 할 것인바, 하자의 정도와 위법성에 관한 판단은 실시협약을 직접 다루는 것과 다를 수 있음을 유의하여야 한다.

3. 현행법의 분석

민간투자법 제13조 제3항은 특별히 사업시행자 지정요건을 두지 않고, 단지 총사업비 및 사용기간 등 사업시행의 조건 등이 포함된 실시협약을 체결함으로써 사업시행자 지정행위가 있었던 것으로 보고 있다. 일견 실시협약 체결행위와 사업시행자 지정행위를 동일시하는 것으로 보이기도 하나, 위 문언만으로 사업시행자 지정처분이 명시적으로 실시협약의 내용을 포함하는 것이라고 단정하기는 어렵다.

한편, 민간투자법은 실시협약의 해제·해지 또는 취소사유를 규정하고 있지 않고, 제46조, 제47조에서 사업시행자 지정 등 처분의 취소사유를 규정하고 있을 뿐이다. 공익 등을 이유로 한 민간투자법 제47조⁸¹⁾의 취소사유⁸²⁾에서 사업시행자 지정처분의 범위를 유추할 수 있을 것인가? 민간투자법 제47조는 사회기반시설사업의 적정성, 공공성에 비추어 그 사업 자체를 진행하지 않거나, 사업의 내용을 변경할 수 있도록 하고 있으므로, 실시협약의 내용을 이유로 사업시행자 지정처분을 취소할 수 있을 것으로 보인다. 그러나 위 규정은 한 주무관청의 재량행위인 취소권 행사 사유를 정하고 있을 뿐, 사업시행자 지정행위가 위법하게 되는 사유를 정한 것은 아니다.⁸³⁾ 따라서 사업시행자로 지정되지 아니한 제3자

81) 사회기반시설의 상황 변경이나 효율적 운영 등 공공의 이익을 위하여 필요한 경우(제1호), 사회기반시설공사를 원활히 추진하기 위하여 필요한 경우(제2호), 전쟁, 천재지변 또는 그 밖에 이에 준하는 사태가 발생한 경우(제3호) 이 법에 따른 명령이나 처분의 취소 또는 변경, 사회기반시설공사의 중지·변경, 시설물 또는 물건의 개축·변경·이전·제거 또는 원상회복을 명하거나 그 밖에 필요한 처분을 할 수 있다.

82) 제46조의 취소사유는 사업시행자가 법령을 위반한 경우 등을 전제로 하고 있어 실시협약의 내용과는 무관하므로 논의에서 제외한다.

83) 민간투자법상 사회기반시설사업은 단계적 행정작용을 거쳐 진행된다. 민간투자사업기본계획, 민간투자시설사업기본계획에 따라 실시협약을 체결하므로, 사업시행자 지정처분 당시 사회기반

가 민간투자법 제47조를 근거로 사업시행자 지정처분의 쟁송취소를 구하는 것은 불가능하다. 결국 위 규정 또한 사업시행자 지정처분에 해당 민간투자사업이나 실시협약의 내용이 포함되어 있다고 해석할 만한 근거로 보기는 어렵다.

결론적으로 민간투자법령의 규정만으로는 사업시행자 지정처분에 실시협약의 내용이 포함되어 있는지 판단하기 어렵고, 해석의 여지가 남아있는 것으로 보인다.

4. 대법원 판례의 분석

앞서 본 대법원 2009. 4. 23. 선고 2007두13166 판결의 제1심인 서울행정법원 2005. 9. 20. 선고 2004구합35189 판결과 대법원 2010. 5. 27. 선고 2009두829 판결의 제1심인 서울행정법원 2008. 6. 4. 선고 2006구합19235 판결은 서울-춘천 고속도로 민간투자사업과 관련된 것이다. 원고들은 사업시행부지 내의 토지 소유자(실시협약의 당사자가 아닌 제3자)로서 사업시행자 지정처분과 실시계획 승인처분으로 인하여 평등권, 재산권, 환경권, 납세자로서의 권리 등을 침해받았다고 주장하였으나 받아들여지지 않았다. 위 판결례에서 명시적으로 ‘사업시행자가 아닌 제3자가 실시협약 및 민간투자사업의 내용을 들어 사업시행자 지정처분을 다룰 수 있다’는 설시가 이루어지지 않는 않았으나, 그와 같은 전제 하에 위법사유의 판단에 나아간 것으로 보인다.

다만, 대법원 2009. 4. 23. 선고 2008두242 판결은 사업시행부지 내에 있는 원고들의 재산권은 사업실시계획의 승인 단계에서 보호되는 법

시설사업의 근간이 되는 요소들은 이미 결정되어 있다. 다른 한편으로 민간투자사업의 진행 과정에서 적정성과 공공성이 담보되지 아니하여 이를 시행하지 않기로 결정하게 되었다면, 민간투자사업 자체를 전부 취소하는 규정은 존재하지 않으므로, 당시까지 진행된 단계의 행정처분을 취소하는 수밖에 없다. 민간투자사업의 내용을 이유로 한 사업시행자 지정처분의 취소는 이러한 의미에서 이해될 수 있다.

를상 이익이어서, 그 이전인 사업시행자 지정처분 단계에서는 재산권 침해를 이유로 그 취소를 구할 수 없다고 판시하였는바, 단계에 따라 원고 적격 인정 여부가 달라질 수 있다.⁸⁴⁾

5. 평가

사업시행자 지정처분의 범위를 어디까지로 볼 것인가의 문제에는 앞서 사업시행자 지정행위를 행정처분으로 볼 것인지의 문제와 유사한 고려 요소들이 있다. 국민의 권리보호, 행정의 공공성 확보 등에 중점을 둔다면 범위를 확대시키는 편이, 사업시행자의 권리보호와 안정성 확보 등에 중점을 둔다면 범위를 축소시키는 편이 좋을 것이다. 그러나 다음과 같은 측면을 추가로 고려할 때, 사업시행자 지정처분의 범위를 확대시키는 것은 신중할 필요가 있다.

우선 사업시행자 지정처분이 실시협약의 내용을 모두 포함한다면, 사업시행자 지정처분과 실시협약 체결은 결국 완전히 동일한 하나의 행위로 이루어진 것이다. 사회통념상 동일한 하나의 행위에 행정처분과 공법상 계약이라는 두 가지 작용형식을 모두 적용하는 것이 필요하고도 적정한지에 관하여는 의문이 들 수밖에 없다. 공법상 계약이 곧 행정처분이라면 행정처분의 특성을 가지고 위법성과 효력 판단 또한 행정처분과

84) 행정처분의 직접 상대방이 아닌 제3자라 하더라도 당해 행정처분으로 인하여 법률상 보호되는 이익을 침해당한 경우에는 그 처분의 취소나 무효확인을 구하는 행정소송을 제기하여 그 당부의 판단을 받을 자격이 있다. 여기에서 말하는 법률상 보호되는 이익이라 함은 당해 처분의 근거 법규 및 관련 법규에 의하여 보호되는 개별적·직접적·구체적 이익을 말한다. 구 ‘사회간접자본시설에 대한 민간투자법’(2005. 1. 27. 법률 제7386호 사회기반시설에 대한 민간투자법으로 개정되기 전의 것. 이하 ‘구 민간투자법’이라 한다) 제13조 제5항에 의하면, 사업시행자로 지정받은 자는 지정받은 날부터 대통령령이 정하는 기간 내에 실시계획의 승인을 신청하여야 하고, 이 기간 내에 실시계획의 승인을 신청하지 아니한 때에는 사업시행자 지정의 효력을 상실할 뿐 사업시행자지정처분 자체로 제3자의 재산권이 침해되지 않고, 구 민간투자법 제18조에 의한 타인의 토지출입 등, 제20조에 의한 토지 등의 수용·사용은 사업실시계획의 승인을 받은 후에야 가능하다. 그러므로 원고들의 재산권은 사업실시계획의 승인 단계에서 보호되는 법률상 이익이라고 할 것이므로, 그 이전인 사업시행자지정처분 단계에서는 원고들의 재산권 침해를 이유로 그 취소를 구할 수 없다.

동일하게 이루어져야 하는데, 그렇다면 공법상 계약이라는 작용형식을 선택한 의미가 없고, 오히려 두 가지 작용형식이 혼재함으로 인한 혼란만 가중시키는 결과가 된다.

한편, 사업시행자 지정처분 단계에서 반드시 실시협약의 내용을 다투어야 하는지도 의문이다. 민간투자법에 의하면 사업시행자로 지정된 자는 실시협약을 구체화한 실시계획을 승인받아 실시계획의 내용대로 사업을 시행하게 된다. 실시협약이 체결되었다 하더라도 실시계획이 승인되지 않는 한 사업시행자가 실시협약의 내용대로 사업을 시행하는 것은 불가능하다. 따라서 실시협약의 내용만으로는 곧바로 제3자에게 어떠한 영향을 미친다고 볼 수 없고,⁸⁵⁾ 실시협약의 내용이 반드시 실시계획의 내용에 편입된다는 보장도 없다. 따라서 계약 단계에 불과한 실시협약의 내용을 다투는 것보다는, 실시계획 승인처분에 실제로 편입되어 제3자에게 실제로 영향을 미치는 내용을 다투도록 하는 것이 제3자의 권리구제 측면에서도 보다 효과적일 수 있다.

다만 사회기반시설사업 자체가 위법함을 이유로 한 사업시행자 지정처분 취소청구의 가능성은 긍정적으로 검토할 필요가 있다. 사업시행자 지정처분은 민간투자법에 따른 사회기반시설사업을 시행하기 위한 여러 단계 중 하나로 사회기반시설사업이 적법하게 시행될 것임을 대전제로 하고 있으므로, 실시협약의 내용과는 무관하게 사회기반시설사업 자체가 위법하고 그 하자가 치유될 가능성이 없다면, 사업시행자의 지정행위 자체에는 아무런 하자가 없었다고 하더라도 제3자에 의한 쟁송취소를 인정함으로써 권리관계의 조속한 안정을 도모하고 사회적 비용의 낭비를 막을 수 있다. 이는 앞서 본 우선협상대상자 지정처분이나 아래에서 볼 실시계획 승인처분의 경우에도 같다.

85) 위 대법원 2009. 4. 23. 선고 2008두242 판결 참조.

제4절 사업시행자 지정 취소·철회와 실시협약의 해제·해지 또는 취소⁸⁶⁾

1. 문제의 제기

민간투자법은 실시협약의 체결로서 사업시행자를 지정한 것으로 본다는 규정만을 두었을 뿐, 사업시행자 지정취소의 경우 실시협약이 해제·해지 또는 취소(이하 ‘해제 등’이라고 약칭)된 것으로 본다는 취지의 규정을 두지 않았고, 달리 실시협약의 해제 등 사유에 관하여도 명시적 규정을 두지 않고 있으며, 민법이 어디까지 적용되는지에 관하여도 특별한 규정을 두지 않고 있다.⁸⁷⁾

사업시행자 지정행위와 실시협약 체결행위는 사회통념상으로는 구분되지 않는 1개의 행위이다. 양자는 결국 사회기반시설사업이라는 하나의 목적을 달성하기 위한 것으로 둘 중의 하나가 없다면 나머지 하나가 존재할 실익이 없고, 양자의 효력이 불일치하는 경우에는 불필요한 분쟁이 발생할 뿐이다. 따라서 궁극적으로 양자의 효력은 결과에 있어 일치할 필요가 있다. 실시협약의 당사자들로서는 민간투자법령의 내용을 실시협약에 포함시켜 사업시행자지정 취소·철회(이하 ‘취소 등’이라고 약칭)사유와 실시협약의 해제 등 사유를 일치시키는 것이 당연히 바람직하겠으나, 양자가 일치하지 않는 경우가 있을 수 있다. 그럴 때에도 사업시행자 지정처분과 실시협약은 불가분의 일체로서 당연히 그 효력을 같이한

86) 행정처분과 공법상 계약의 무효사유에 관한 논의는 이 논문의 범위에는 포함되지 않는다.

87) 법령에 해제사유가 규정되어 있는 경우 이에 따른 계약의 해제를 행정처분으로 보는 학설도 있으나, 민간투자법은 따로 법령에 해제사유를 명시하지 않고 있으므로 이에 관하여 별도로 논하지 않는다.

다고 볼 것인가?

사업시행자 지정처분과 실시협약의 체결을 불가분의 일체로 보아 사업시행자 지정처분을 취소할 경우 실시협약도 당연히 효력을 상실하고, 실시협약이 적법하게 해지된 경우 사업시행자 지정의 효력도 당연히 상실된다는 견해가 있다.⁸⁸⁾ 서울고등법원 2007. 5. 31. 선고 2005누25501 판결도 실시협약은 사업시행자 지정처분과 일체관계에 있다는 표현을 사용한 바 있다. 반면 사업시행자 지정취소로 인하여 실시협약에 기한 당사자 사이의 합의의 효력이 모두 소멸된다고 보기는 어렵고, 민간투자법 제47조 제1항이 주무관청이 할 수 있는 처분을 제한하고 있지 않은 점을 고려하여, 주무관청의 의사표시에 의하여 실시협약의 내용 중 사업시행자 지정의 효력이 유지됨을 전제로 한 규정의 효력이 장래를 향하여 소멸(일부 해지)한다고 볼 수 있고, 나머지 규정은 당사자 사이에서 계속 효력이 있다고 보는 견해도 있다.⁸⁹⁾

그러나 실시협약은 쌍방의 의사합치를 요소로 하는 공법상 계약이고, 사업시행자 지정취소 등 처분은 행정청의 일방적인 의사표시에 의한 침익적 행정처분이므로 구체적인 법령이나 이론적 근거 없이 이를 동일하게 취급하는 것은 곤란하다. 나아가 양자를 구별하지 않는다면 민사적 책임과 공법적 책임이 일치하지 아니하여 권리구제와 관련된 부당한 문제들이 발생할 수도 있다.⁹⁰⁾ 따라서 양자를 별개로 파악하되, 결론적으로는 효력을 같이할 수 있도록 해석하는 방안을 마련하여야 할 것이다. 이와 관련하여 구체적으로는 다음과 같은 의문들이 해소되어야 한다.

88) 조철호, “사회기반시설에 대한 민간투자법상 실시협약의 법적 성질과 소송방법”, 인권과 정의 384호, 14면.

89) 서순성/김기식, 사회기반시설에 대한 민간투자법 이론과 실무해설, 삼일인포마인, 2016, 469면.

90) 예를 들어 실시협약이 당연히 실효된다고 볼 경우, 손해배상책임의 청구가 어려워질 수 있다. 위 손해는 민간투자법 제47조에 따른 것으로 손실보상의 대상이 되지 않을 수도 있고, 대상이 된다고 하더라도 그 보상의 범위는 손해배상의 범위와 일치하지 않을 수 있다.

사업시행자 지정처분의 취소 등 사유는 무엇인가? 사업시행자 지정 취소·철회행위는 행정처분인가? 사업시행자 취소 등 사유는 실시협약의 해제 등 사유가 되는가? 취소 등의 의사표시가 해제 등의 의사표시를 갈음하는 것으로 볼 수 있는가?

반대로, 실시협약의 해제 등 사유는 무엇인가? 그 사유가 사업시행자 지정 취소 등 사유가 되는가? 해제 등의 의사표시가 취소 등의 의사표시를 갈음하는 것으로 볼 수 있는가? 사업시행자 지정 취소 등에 해당하려면 행정처분으로서의 절차를 거쳐야 하는가?

2. 사업시행자 지정 취소·철회사유

(1) 민간투자법 제46조, 제47조

민간투자법 제46조에 의하면 주무관청은 거짓이나 그 밖의 부정한 방법으로 이 법에 따른 지정·승인·확인 등을 받은 경우(제1호), 이 법 또는 이 법에 따른 명령⁹¹⁾이나 처분을 위반한 경우(제2호), 사업시행자가 실시계획에서 정한 사업기간에 정당한 사유 없이 공사를 시작하지 아니하거나 공사 시작 후 사업시행을 지연 또는 기피하여 사업의 계속 시행이 불가능하다고 인정되는 경우(제3호), 민간투자사업을 시행하기 위하여 설립된 법인이 사업시행자로 지정받은 후에 주무관청이 인정한 사업 외의 다른 사업을 한 경우(제4호)에는 그 위반행위를 한 자에게 이 법에 따른 명령이나 처분의 취소 또는 변경, 사회기반시설공사의 중지·변경, 시설물 또는 물건의 개축·변경·이전·제거 또는 원상회복을 명

91) 주무관청은 사업시행자의 자유로운 경영활동을 저해하지 아니하는 범위에서 대통령령으로 정하는 경우에 한정하여 사업시행자의 민간투자사업과 관련된 업무를 감독하고 감독에 필요한 명령을 할 수 있다(민간투자법 제45조 제1항). 기획재정부장관은 기금의 업무에 관하여 관리기관을 감독하고 감독에 필요한 명령을 할 수 있다(같은 조 제2항).

하거나 그 밖에 필요한 처분을 할 수 있다. 위 규정은 민간투자법에 의한 사업시행의 공정성과 적정성을 담보하기 위한 것으로, 이에 따른 처분은 사업시행자의 귀책사유에 따른 제재로서의 성격을 띠고 있다.

한편, 같은 법 제47조에 의하면 주무관청은 사회기반시설의 상황 변경이나 효율적 운영 등 공공의 이익을 위하여 필요한 경우, 사회기반시설공사를 원활히 추진하기 위하여 필요한 경우, 전쟁, 천재지변 또는 그 밖에 이에 준하는 사태가 발생한 경우에는 이 법에 따른 지정·승인·확인 등을 받은 자에 대하여 제46조에 따른 처분을 할 수 있다. 이 경우 심의위원회의 심의를 거쳐 지정된 사업에 대하여는 심의위원회의 심의를 거쳐야 한다(제1항). 위 처분으로 인하여 손실을 입은 사업시행자가 있는 경우에는 주무관청은 해당 손실에 대하여 정당한 보상을 하여야 한다. 이 경우 손실보상에 관하여는 주무관청과 사업시행자가 협의하여야 하며, 협의가 성립되지 아니하거나 협의할 수 없는 경우에는 대통령령으로 정하는 바에 따라 관할 토지수용위원회에 재결을 신청할 수 있다(제2항). 위 규정은 사업시행의 공공성을 담보하기 위한 규정으로, 사업시행자의 귀책사유와는 무관하게 주무관청이 공익적 사유를 들어 일방적으로 사업시행자 지정취소를 할 수 있도록 한 것이다. 그리고 민간투자법 제59조에 의하면 귀속시설의 사업시행자는 천재지변 등 대통령령으로 정하는 불가피한 사유로 사회기반시설의 건설 또는 관리·운영이 불가능한 경우에는 대통령령으로 정하는 바에 따라 국가 또는 지방자치단체에 대하여 해당 사업(부대사업을 포함한다)을 매수하여 줄 것을 요청할 수 있다.

민간투자법 제46조에서 정하고 있는 처분은 이미 발생한 위법행위 등에 대한 사후적 제재로서의 성격을 갖는 반면, 제47조의 처분은 예방적·사전적 처분의 성격을 갖는다.⁹²⁾ 주무관청은 제46조 및 제47조에 따

라 사업시행자의 지정을 취소한 경우에는 해당 민간투자사업을 직접 시행하거나 제13조에 따라 새로운 사업시행자를 지정하여 계속 시행하게 할 수 있다(제49조).

(2) 수익적 행정처분의 취소·철회

침익적 행정처분으로서의 사업시행자 지정취소처분은 수익적 행정처분인 사업시행자 지정처분의 취소·철회와 개념적으로 구분되어야 한다.

행정처분을 한 처분청은 그 행위에 하자가 있는 경우에는 별도의 법적 근거가 없더라도 스스로 이를 취소할 수 있다⁹³⁾. 그리고 처분 당시에 별다른 하자가 없었고, 처분 후에 이를 철회할 별도의 법적 근거가 없더라도 원래의 처분을 존속시킬 필요가 없게 된 사정변경이 생겼거나 중대한 공익상 필요가 발생한 경우에는 그 효력을 상실케 하는 별개의 행정처분으로 이를 철회할 수 있다⁹⁴⁾. 수익적 행정처분의 일부 철회 사유로는 법령의 규정, 철회권의 유보, 부담의 불이행, 처분의 근거법령 변경, 사정변경 등이 있다.⁹⁵⁾ 다만 수익적 행정처분을 취소 또는 철회하거나 중지시키는 경우에는 이미 부여된 국민의 기득권을 침해하는 것이 되므로, 비록 취소 등의 사유가 있다고 하더라도 그 취소권 등의 행사는 기득권의 침해를 정당화할 만한 중대한 공익상의 필요 또는 제3자의 이익을 보호할 필요가 있고, 이를 상대방이 받는 불이익과 비교·교량하여 볼 때 공익상의 필요 등이 상대방이 입을 불이익을 정당화할 만큼 강한 경우에 한하여 허용될 수 있다.

수익적 행정처분의 취소 등은 법령에 그 근거가 유보되어 있을 것을

92) 서순성/김기식, 사회기반시설에 대한 민간투자법 이론과 실무해설, 삼일인포마인, 2016, 463면.

93) 대법원 2014. 11. 27. 선고 2013두16111 판결 등 참조.

94) 대법원 2017. 3. 15. 선고 2014두41190 판결 등 참조.

95) 김동희, 행정법 I, 박영사, 2017, 367-368면.

요하지 않으나 공익상 필요에 의하여 제한될 수 있고, 침익적 행정처분으로서 사업시행자 지정처분을 취소하는 경우에는 반드시 법령에 그 근거가 필요하다는 차이점이 있다. 다만 민간투자법 제47조가 정한 사업시행자 지정취소처분의 사유는 수익적 행정처분으로서의 사업시행자 지정처분의 철회사유를 상당부분 포함하는 것으로 해석할 수 있다. 따라서 그 부분에 관하여 법령유보의 문제는 발생하지 않는다고 할 것이나, 여전히 공익상 필요는 재량권 일탈·남용의 측면에서 충분히 고려되어야 할 것이다.

(3) 제3자의 쟁송취소

사업시행자 지정처분이 위법한 경우 실시협약의 당사자가 아닌 제3자도 사업시행자 지정처분의 취소를 구할 수 있다. 사업시행자 지정처분의 범위를 어디까지로 보는가에 따라서 하자로 주장할 수 있는 사유도 달라짐은 앞서 본 바와 같다.

3. 주무관청의 사업시행자 지정 취소·철회 행위의 처분성

민간투자법 제46조, 제47조의 규정은 사회기반시설의 설치·운영사업의 적정한 시행 또는 중대한 공익을 담보하기 위한 것으로서, 사법상 계약에서는 상정하기 어려운 공법상의 규율이다. 공법상 계약의 경우 이론상 행정청의 사정변경을 이유로 한 해지 등이 비교적 폭넓게 인정되어야 한다고 보고 있기는 하나, 위와 같은 규정은 행정청이 실시협약의 내용과는 무관하게, 일방적으로 사업시행자 지정을 취소하여 사업시행자로 지정된 자의 법률상 지위에 변동을 일으킬 수 있도록 한 것이므로 계약상 해지권의 행사와는 구별되어야 한다. 따라서 민간투자법 제46조, 제47조에 따른 사업시행자의 지정취소행위는 행정처분이라고 봄이 상당하다.

법원의 실무례에서도 민간투자법상 사업시행자 지정취소처분을 행정처분으로 파악하고 있는 것으로 보인다.⁹⁶⁾

수익적 행정처분의 취소·철회 또한 행정청이 일방적으로 기존 행정처분의 효력을 상실하게 하고 사업시행자의 법률상 지위에 변동을 일으키는 것으로, 행정처분에 해당한다는 점에 큰 다툼이 없다.

4. 사업시행자 지정취소 등에 따른 실시협약의 해제 등

(1) 행정청이 일방적으로 사업시행자 지정취소 등을 한 경우

1) 실시협약 해제 등의 의사표시를 갈음할 수 있는지

행정청의 사업시행자 지정취소 의사표시가 실시협약 해제 등의 의사표시를 포함하는 것으로 해석할 여지는 충분하다. 양자 모두가 일방적인 의사표시이기 때문이다.

2) 실시협약의 해제 등 사유에도 해당하는지

실시협약과 사업시행자지정의 불가분성을 이유로 사업시행자 지정취소처분이 있으면 실시협약의 해제 등 사유가 있었는지를 묻지 않고 당연히 실시협약이 그 효력을 잃는다고 해석하는 견해도 있으나, 공법상 계약과 행정처분은 그 적용원리를 달리하므로, 실시협약의 해제 등을 위해서는 고유의 해제 등 사유가 필요하다고 보는 견해가 타당하다. 아래에서 그 처분사유별로 검토한다.

① 민간투자법 제46조, 제47조의 지정취소사유

96) 서울고등법원 2013. 11. 7. 선고 2013누5892 판결 등.

민간투자법상 사업시행자 지정취소사유가 명시적으로 실시협약의 해제 등 사유로 규정되어 있지는 않다. 그러나 양자를 통일적으로 해결하기 위해서는 위 각 규정이 실시협약의 해제 등 사유의 유보조항에도 해당하여 그 내용이 실시협약으로 포섭되고, 주무관청이 위 각호의 사유를 들어 사업시행자 지정취소의 의사표시를 한 경우 실시협약의 해제 등 의사표시도 한 것으로 해석하는 방안을 고려해볼 수 있다.

② 수익적 행정처분의 철회

수익적 행정처분의 철회사유로는 사정변경, 중대한 공익상 필요 등이 대표적이다.⁹⁷⁾ 공법상 계약의 경우는 공익을 이유로 한 행정청의 계약 해지권 등이 폭넓게 인정된다는 것이 다수설이므로, 사정변경이나 공익상 필요는 실시협약의 해제 또는 해지사유에도 해당한다고 본다. 행정처분과 공법상 계약에 있어 이익형량이 반드시 동일하리라고 단정할 수는 없지만, 사업시행자 지정처분과 실시협약에 있어서는 이를 동일하게 판단하는 것이 타당하리라고 본다.

③ 수익적 행정처분의 취소

사업시행자 지정처분에 위법이 있어 취소되는 경우에도 실시협약의 내용 자체에는 아무런 위법이 없는 경우가 있을 수 있다. 이러한 경우에도 실시협약의 효력이 달라지는지 여부는 사업시행자 지정처분의 하자의 내용과 정도에 따라 달라진다고 봄이 타당하다. 예를 들어 심의위원회를 거치지 않은 정도의 절차적 하자라면 사업시행자 지정처분의 취소사유도 되지 않고⁹⁸⁾ 실시협약의 취소사유도 되지 않지만, 제3자를

97) 일반적으로는 행정청이 철회권을 유보하는 경우도 있을 수 있는데, 사업시행자 지정처분은 실시협약을 체결함으로써 이루어지는 것이므로, 실시협약의 내용에 포함되지 아니한 철회권의 유보는 상정하기 어렵다.

통하여 주무관청에 뇌물을 공여하는 등⁹⁹⁾으로 사업시행자의 의사표시 자체에 영향을 미쳤다면 사업시행자 지정처분의 취소사유가 됨과 동시에 실시협약의 취소사유로도 주장할 수 있을 것이다.

(2) 제3자가 사업시행자 지정처분을 쟁송취소한 경우

1) 실시협약 해제 등의 의사표시를 갈음할 수 있는지

사업시행자가 아닌 제3자가 주무관청을 상대로 항고소송을 제기하여 사업시행자 지정취소의 판결을 받는 경우에 위 판결로 실시협약 해제의 의사표시를 갈음할 수 있을 것인가?

행정처분의 취소판결은 그 자체로 행정처분의 효력을 소급적으로 소멸시키는 형성력을 가진다. 행정소송법 제29조 제1항은 ‘처분 등을 취소하는 확정판결은 제3자에 대하여도 효력이 있다’고 명시하고 있다. 위 규정을 근거로 사업시행자 지정취소의 판결이 확정되면 위 판결의 효력이 제3자인 사업시행자에게도 미친다고 보아, 계약의 해제 등 의사표시가 있었던 것으로 의제하는 방안을 생각해볼 수 있다. 그러나 제3자가 판결의 효력을 부인할 수 없는 데에서 나아가 이를 적극적으로 원용하고 향수할 수 있는가의 문제는 보다 신중한 검토를 요한다.¹⁰⁰⁾

2) 실시협약의 해제 등 사유에도 해당하는지

98) 민간투자법 제13조 제3항은 대통령령으로 정하는 일정요건에 해당하는 사업시행자 지정에 관한 사항은 사전에 심의위원회의 심의를 거치도록 정하고 있다. 다만 위와 같은 심의위원회는 스스로 사업시행자 지정 여부를 결정하는 것이 아니고 의사결정권자의 자문에 응하여 심의하는 기관에 불과하므로, 심의위원회가 민간투자법 시행령이 정한 절차를 위반하여 대리출석이나 서면심의로 의결을 하였다고 하더라도 위와 같은 절차규정 위반은 사업시행자지정처분을 무효로 할 만한 중대하고 명백한 하자라고 볼 수 없다(대법원 2009. 4. 23. 선고 2007두13166 판결).

99) 2016. 4. 12. 선고 2014두2621 판결 참조.

100) 김동희, 행정법 I, 박영사, 2017, 816-817면.

① 사업시행자 지정처분 자체의 위법

주무관청이 수익적 행정처분의 하자를 이유로 취소하는 경우와 같이, 그 하자의 내용과 정도에 따라 실시협약의 해제 등 사유에도 해당할 수 있다고 본다.

② 실시협약이나 사회기반시설사업의 내용상 하자¹⁰¹⁾

공법상 계약의 경우는 공익을 이유로 한 행정청의 계약 해지권 등이 폭넓게 인정된다는 것이 다수설이다. 실시협약이나 사회기반시설사업 자체의 내용상 하자를 이유로 사업시행자 지정처분이 취소된 경우, 그 하자는 사업시행자 지정처분을 취소할 정도에 해당할 것이므로, 실시협약의 해제 등 사유에도 해당할 가능성이 높다.

(3) 실시협약의 해제 등으로 볼 수 없는 경우

사업시행자 지정이 취소·철회된 경우 실시협약 또한 해제·해지 또는 취소된 것으로 해석할 수 있는 경우도 있겠으나, 여전히 실시협약의 해제 등 의사표시가 있었다거나, 해제 등 사유가 존재하였다고 보기 어려운 경우가 있다. 그러나 실시협약이 해제·해지 또는 취소되었다고 보기 어려운 경우에도 사업시행자 지정이 취소된 이상 실시협약에 의한 채무의 이행을 구하는 것은 불가능하다고 해석함이 타당하다. 실시협약은 민간투자법상 사회기반시설사업을 전제로 하고 있고, 해당 사업의 시행을 위해서는 민간투자법이 정한 절차에 따른 실시계획 승인을 받아야 하는데, 사업시행자 지정이 취소·철회된 이상 해당 사업의 진행이 불가능하기 때문이다. 결국 실시협약은 민간투자법상 사회기반시설사업의 유효성을 전제조건으로 삼고 있으므로, 명시적으로 규정되어 있지 않더라도 실

101) 위와 같은 하자를 이유로 사업시행자 지정처분의 취소를 구할 수 있는지에 관하여는 논란의 여지가 있다. 취소가 가능하다는 가정 하에 아래 논의를 진행한다.

실행협약상 채무는 사업시행자 지정처분의 취소를 해제조건으로 삼고 있다고 해석하여야 한다.¹⁰²⁾

5. 실시협약의 해제·해지 및 취소사유

(1) 해제·해지 사유

실시협약에 포함된 해제·해지 사유는 해제권 또는 해지권 유보사유로서 유효하다. 다만 공법상 계약의 특수성에 비추어 민법상의 해제·해지사유는 제한될 수 있고, 사정변경이나 공익을 이유로 한 행정청의 해제·해지사유는 민법상 계약보다 넓게 인정되어야 한다는 것이 다수설이다.

(2) 취소사유

공법상 계약의 하자를 이유로 실시협약을 취소할 수 있는가? 실시협약은 공법상 계약이므로 제3자가 항고소송으로 그 취소를 구할 수 없고, 공법상 당사자소송에 의하더라도 무효확인을 구할 이익이 있다고 보기 어려움은 앞서 본 바와 같다. 따라서 공법상 계약의 하자로 인한 취소사유는 인정되지 않는다는 견해가 다수설이다. 다만 실시협약이 사회기반시설의 이용자에 대한 일반처분으로서의 성격을 가짐을 전제로 실시협약의 무효확인 또는 취소소송이 가능하다는 견해도 있다.¹⁰³⁾

그러나 공법상 계약에 관하여 항고소송으로 취소를 구할 수 없다는 것과, 민법상 취소권의 행사는 구별되어야 한다. 공법상 계약의 내용상 하자과 의사표시상 하자를 구별하여, 의사표시상 하자의 경우에는 민법상 취소권의 행사가 허용된다는 견해가 타당하다.¹⁰⁴⁾ 예를 들어 실시협

102) 자세한 논의는 제4장 제3절 2.를 참조.

103) 윤성철/홍성필, 민간투자사업분쟁관계법, 도서출판 법과교육, 2014, 374면.

약 체결 과정에서 기망이나 착오 등이 개입한 경우에는 민법에 기초하여
실시협약의 취소권 행사를 인정할 수 있을 것이고, 항고소송을 통한 계
약의 취소가 불가능하더라도 계약의 취소를 전제로 한 공법상 당사자소
송으로서 채무부존재확인 소 등을 제기할 수 있을 것이다. 다만, 위와
같은 경우에도 해제권이나 해지권의 행사와 마찬가지로, 공법상 계약의
특수성을 고려하여 그 취소권의 행사가 제한되는 경우가 있을 것이다.

6. 실시협약의 해제 등에 따른 사업시행자 지정취소 등

(1) 주무관청이 실시협약을 해제한 경우 등

1) 사업시행자 지정취소의 의사표시를 갈음할 수 있는지

주무관청이 한 실시협약 해제 등의 의사표시는 사업시행자 지정취
소의 의사표시를 포함한다고 해석할 수 있다. 제3자가 실시협약의 해제
등을 구할 수는 없으므로, 판결로 의사표시를 갈음할 수 있는지의 문제
는 발생하지 않는다.

2) 사업시행자 지정처분의 취소사유가 있는지

실시협약의 해제 등 사유로 명시되어 있으나 민간투자법령이 정한
사업시행자 지정취소 사유가 아니라면, 주무관청이 민간투자법령에 따른
사업시행자 지정취소 처분을 할 수는 없을 것이다. 침익적 행정처분은
법령에 엄격한 근거를 요하기 때문이다.

다만 실시협약에 포함되어 있는 내용을 철회권 유보사유로 파악할
가능성은 있다. 협의에 의한 부관의 부가가 가능하다는 대법원 판례의

104) 의사표시상의 하자에 대해서는 민법상 계약과 마찬가지로 무효 또는 취소의 하자가 모두 인
정된다고 보는 견해로 류지태/박종수, 행정법신론, 박영사, 2016, 357면.

입장¹⁰⁵⁾에 따르면 주무관청과 사업시행자가 협의한 실시협약의 내용 중 주무관청의 해제권 또는 해지권과 관련된 조항은 사업시행자 지정처분의 철회권 유보의 부관이라는 해석이 가능하다.¹⁰⁶⁾

부산지방법원 2017. 6. 1. 선고 2016구합23876 판결은 실시협약의 조항을 근거로 사업시행자 지정취소처분이 이루어진 사안에서, 실시협약의 내용이 철회권 유보조항을 포함하고 있다고 보았지만 주무관청이 드는 사정만으로는 그 철회사유에 해당하지 않는다는 이유로 사업시행자 지정취소처분을 취소하는 판결을 선고하였고, 이에 대하여 항소기각 판결¹⁰⁷⁾과 심리불속행 상고기각 판결¹⁰⁸⁾이 선고되었다.

반대로 실시협약의 형식으로 체결되는 부관에 대해서는 행정처분에 준하는 판단기준이 적용될 필요가 있다. 대법원 판례는 ‘행정처분과 부관 사이에 실제적 관련성이 있다고 볼 수 없는 경우 공무원이 위와 같은 공법상의 제한을 회피할 목적으로 행정처분의 상대방과 사이에 사법상 계약을 체결하는 형식을 취하였다면 이는 법치행정의 원리에 반하는 것으로서 위법하다고 보지 않을 수 없다¹⁰⁹⁾’고 하여 계약의 형식을 띠는 부관을 제한할 필요성을 긍정하고 있다.

3) 사업시행자 지정취소처분으로서 적법한 절차를 거쳤는지

105) 수익적 행정처분에 있어서는 법령에 특별한 근거규정이 없다고 하더라도 그 부관으로서 부담을 붙일 수 있고, 그와 같은 부담은 행정청이 행정처분을 하면서 일방적으로 부가할 수도 있지만 부담을 부가하기 이전에 상대방과 협의하여 부담의 내용을 협약의 형식으로 미리 정한 다음 행정처분을 하면서 이를 부가할 수도 있다(대법원 2009. 2. 12. 선고 2005다65500 판결). 대법원 판례의 사안은 협약 이후에 별개의 행정처분이 이루어진 경우이나, 협약과 동시에 행정처분이 이루어지는 경우를 배제하는 것으로 해석되지는 않는다.

106) 다만 위와 같이 해석하기 위해서는 사업시행자 지정처분의 내용에 실시협약의 내용이 포함 된다고 보아야 한다.

107) 부산고등법원 2017. 12. 15. 선고 2017누22282 판결.

108) 대법원 2018. 4. 26. 선고 2018두32538 판결. 원심판결에 관한 실질적 당부의 판단은 이루어지지 아니하였다.

109) 대법원 2009. 12. 10. 선고 2007다63966 판결.

사업시행자 지정취소는 행정처분이므로, 행정절차법이 정한 적법한 절차를 거쳐야 한다. 민간투자법 제46조, 제47조에 의하여 처분을 할 경우에는 민간투자법 제48조가 정한 청문절차 등을 반드시 거쳐야 한다.¹¹⁰⁾ 따라서 주무관청이 사업시행자에 대하여 실시협약 해제 등의 의사표시를 하였고 그 의사표시가 사업시행자 지정처분의 의사표시를 갈음할 수 있다고 하더라도, 사업시행자 지정처분이 적법하기 위해서는 위와 같은 별도의 절차를 거쳐야 한다.

행정절차법에 의하면 행정청은 당사자에게 의무를 부과하거나 권익을 제한하는 처분을 하는 경우에는 처분의 제목, 당사자의 성명 또는 명칭과 주소, 처분하려는 원인이 되는 사실과 처분하려는 원인이 되는 사실과 처분의 내용 및 법적 근거, 이에 대하여 의견을 제출할 수 있다는 뜻과 의견을 제출하지 아니하는 경우의 처리방법, 의견제출기관의 명칭과 주소, 의견제출기한, 그 밖에 필요한 사항을 명시하여 미리 당사자등에게 통지하여야 한다(제21조). 법령이 정한 사유가 있으면 청문 또는 공청회를 통하여 당사자의 의견을 청취하여야 한다(제22조). 원칙적으로 처분의 방식은 문서로 하여야 하고(제24조), 그 처분에 관하여 행정심판 및 행정소송을 제기할 수 있는지 여부, 그 밖에 불복을 할 수 있는지 여부, 청구절차 및 청구기간, 그 밖에 필요한 사항을 알려야 한다(제26조).

다만 아래에서 보는 바와 같이 실시협약의 해제 등으로 인하여 사업

110) 서순성/김기식, 사회기반시설에 대한 민간투자법 이론과 실무해설, 삼일인포마인, 2016, 236면. 대전고등법원 2014. 7. 24. 선고 2014누10415 판결은, 주택건설사업주체를 원고에서 피고보조참가인으로 변경하는 내용의 처분을 함에 있어서 종전의 주택건설사업주체인 원고에게 행정절차법상의 사전통지를 하거나 의견제출 기회를 부여하는 등의 사전절차를 전혀 거치지 아니하였으므로 이 사건 처분은 절차적으로 위법하다고 판시하였다. 인천지방법원 2008. 5. 1. 선고 2007구합1242 판결은, 주무관청이 실시계획 승인취소처분의 취소사유로 삼은 내용이 표면적으로는 실시협약의 해지로 인한 것이라고 하더라도 실질적으로는 민간투자법 제46조 제3호에 의한 처분으로서 민간투자법 제48조에 따라 청문을 실시하여야 하고 행정절차법 제21조에 의한 사전통지절차를 거쳐야 하고, 위와 같은 절차를 지키지 아니한 처분에 절차적 위법이 있다고 판시하였다.

시행자 지정행위가 자동으로 효력을 상실한다고 해석하는 경우, 행정처분의 취소가 아닌 실효로 보아 별도의 취소절차를 요하지 않는다고 해석하는 견해가 있을 수 있겠으나, 행정처분은 엄격한 절차를 요하는 것이 원칙이므로 위와 같은 절차를 거치는 것이 바람직한 것으로 보인다.

(2) 사업시행자가 실시협약을 해제한 경우 및 주무관청이 실시협약을 해제하였으나 사업시행자 지정처분을 취소·철회하였다고 볼 수 없는 경우

사업시행자가 실시협약을 해제·해지 또는 취소한 경우 사업시행자의 지정도 취소되는 것으로 볼 수는 없다. 사업시행자 지정 취소는 주무관청에게 그 일방적인 권한이 부여되어 있기 때문이다. 그리고 주무관청이 실시협약을 해제하였더라도 적법한 사업시행자 지정 취소·철회처분이 있었다고 보기 어려운 경우가 있다.

위와 같은 경우, 실시협약의 체결행위를 곧 사업시행자의 지정행위로 보는 민간투자법 제13조 제3항의 반대해석상 실시협약의 체결행위가 그 효력을 상실함으로써 사업시행자의 지정행위 또한 그 효력을 상실하게 된다고 해석할 여지는 있다. 실시협약이 효력을 상실하였다면 사업시행자 지정처분이 별도로 존재할 실익이 없으므로, 처분서에 명시적인 언급이 없더라도 실시협약의 해제 등이 사업시행자 지정처분의 해제조건이 되어 있다고 해석하는 것이다. 행정처분이 실효되었다면 별도의 취소처분 등이 필요하지 않지만, 행정처분의 외관이 잔존하여 법적 불안상태가 야기된다면 이를 제거하기 위한 항고소송을 제기할 수 있을 것이다.¹¹¹⁾

111) 행정소송은 행정청의 위법한 처분 등을 취소·변경하거나 그 효력 유무 또는 존재 여부를 확인함으로써 국민의 권리 또는 이익의 침해를 구제하고 공법상의 권리관계 또는 법 적용에 관한 다툼을 적절하게 해결함을 목적으로 하므로, 대등한 주체 사이의 사법상 생활관계에 관한 분쟁을 심판대상으로 하는 민사소송과는 목적, 취지 및 기능 등을 달리한다. 또한 행정소송법 제4조에서는 무효확인소송을 항고소송의 일종으로 규정하고 있고, 행정소송법 제38조 제1항

제4장 실시협약을 이행하기 위한 행정처분:

실시계획 승인

제1절 실시계획 승인행위의 처분성

민간투자법상 실시협약을 체결함으로써 사업시행자로 지정된 자는 민간투자사업을 시행하기 전에 대통령령으로 정하는 바에 따라 해당 사업의 실시계획을 작성하여 주무관청의 승인을 받아야 한다. 승인받은 내용을 변경하려는 경우에도 또한 같다. 다만, 대통령령으로 정하는 경미한 사항을 변경하는 경우에는 그러하지 아니하다(제15조 제1항). 주무관청은 제1항에 따라 실시계획을 승인하거나 변경하였을 때에는 이를 고시하여야 한다(같은 조 제2항). 주무관청이 제15조 제2항에 따라 실시계획을 고시한 때에는 해당 민간투자사업과 관련된 관계법률에서 정하고 있는 인가·허가 등과 관계법률에 따라 인가·허가 등을 받은 것으로 보는 다른 법률의 인가·허가 등을 받은 것으로 보며, 관계법률 및 다른 법률에 따른 고시 또는 공고가 있는 것으로 본다(제17조 제1항). 주무관청이 제15조 제1항에 따라 실시계획을 승인 또는 변경승인하려는 경우에는 제1항에 따른 다른 법률에 적합한지를 미리 관계 행정기관의 장과 협의

에서는 처분 등을 취소하는 확정판결의 기속력 및 행정청의 재처분 의무에 관한 행정소송법 제30조를 무효확인소송에도 준용하고 있으므로 무효확인판결 자체만으로도 실효성을 확보할 수 있다. 그리고 무효확인소송의 보충성을 규정하고 있는 외국의 일부 입법례와는 달리 우리나라 행정소송법에는 명문의 규정이 없어 이로 인한 명시적 제한이 존재하지 않는다. 이와 같은 사정을 비롯하여 행정에 대한 사법통제, 권익구제의 확대와 같은 행정소송의 기능 등을 종합하여 보면, 행정처분의 근거 법률에 의하여 보호되는 직접적이고 구체적인 이익이 있는 경우에는 행정소송법 제35조에 규정된 ‘무효확인을 구할 법률상 이익’이 있다고 보아야 하고, 이와 별도로 무효확인소송의 보충성이 요구되는 것은 아니므로 행정처분의 무효를 전제로 한 이행소송 등과 같은 직접적인 구제수단이 있는지 여부를 따질 필요가 없다고 해석함이 상당하다(대법원 2008. 3. 20. 선고 2007두6342 전원합의체 판결).

하여야 한다(같은 조 제2항). 사업시행자는 제15조 제2항에 따라 고시된 실시계획에 따라 사업을 완료하고, 준공확인을 받는다(제22조). 실시계획의 승인 역시 법령이 정한 사유에 따라 이를 취소할 수 있다(제46조, 제47조).

사업시행자가 적법·유효하게 실시협약을 체결하였다 하더라도 그것만으로는 사회기반시설사업을 실제로 시행할 수 없다. 실시계획의 승인을 받음으로써 비로소 사업을 시행할 수 있게 되는 것이다. 실시계획 승인으로 관계법령에 의한 인허가 취득이 간주되고, 토지 등의 출입이나 수용 등 제3자에 대한 권한도 행사할 수 있게 된다. 한편 사업시행자는 위 실시계획에 따라 사업을 시행할 의무를 부담하고, 주무관청은 민간투자법이 정한 사유에 해당할 경우 실시계획의 인가를 일방적으로 취소할 수도 있다. 따라서 실시계획의 승인행위는 항고소송의 대상이 되는 행정처분이라고 봄이 타당하다.

실시계획 승인처분이 강학상 인가에 해당한다는 하급심 판례¹¹²⁾와 강학상 확인에 해당한다는 학설¹¹³⁾이 있다. 그러나 실시계획 승인처분은 실시협약의 내용을 구체화하여 사업시행에 관한 권한을 부여하는 것으로서, 실시협약과 다른 내용의 실시계획을 승인하거나 변경승인하는 것도 가능하므로, 단순히 실시협약의 내용에 보충적으로 효력을 부여하는 것으로는 볼 수 없다. 따라서 실시계획 승인처분은 형성적 법률행위로서의 강학상 특허에 해당하는 것으로 파악함이 타당하다.

112) 서울행정법원 2012. 4. 19. 선고 2011구합16230 판결.

113) 윤성철/홍성필, 민간투자사업분쟁관계법, 도서출판 법과교육, 2014, 590면. 실시계획 승인을 설권적 처분으로 보면서도 ‘강학상 확인’ 처분에 해당한다는 견해를 제시하고 있는데, 강학상 확인은 준법률행위적 행정행위로서, 특정의 사실이나 법률관계에 관하여 의문이 있거나 다툼이 있는 경우에 그 존부나 정부를 확인하는 행위이므로, 설권적인 행위라고 보기는 어렵다. 류지태/박종수, 행정법신론, 박영사, 2016, 197면 참조.

제2절 실시협약과 실시계획의 불일치가 발생하는 경우

1. 문제의 제기

실시계획은 실시협약에 따른 사업시행계획¹¹⁴⁾이므로 그 내용이 실시협약과 일치하는 것이 일반적이다. 그러나 실시계획이 반드시 실시협약과 동일하여야 한다고 볼 법령상 근거는 없고, 실시계획이 승인된 이후에도 변경될 가능성이 있으므로, 아래에서 보는 바와 같이 다양한 경우에 실시협약과 실시계획의 내용이 달라질 수 있다.

사업시행자 지정처분은 실시협약의 체결행위와 그 외견이나 내용이 명확하게 구분되지 않는 특성이 있으므로, 실시협약과 구별되는 행정처분으로 인정할 것인지, 행정처분이라면 실시협약의 내용을 포함한다고 볼 것인지, 양자가 그 효력을 함께한다고 볼 것인지 등에 관한 논란이 있었다. 이에 비해 실시계획 승인은 실시협약의 체결과 행위적으로도 시간적으로도 쉽게 구별되므로 실시계획 승인이 독립된 행정처분인지, 그 범위가 어디까지인지에 관한 논란은 거의 없다. 그러나 실시협약과 실시계획은 사회기반시설사업의 시행이라는 동일한 행정목적에 위한 행정작용이지만 그 작용형식과 적용원리를 달리하기 때문에, 양자의 내용과 효력이

114) 민간투자법 시행령 제12조에 의하면 사업계획 제출시 첨부하여야 하는 서류는 ① 사업계획 내용[기본사업계획 도서(圖書)를 포함한다], ② 총사업비 명세 및 자금조달계획, ③ 무상 사용기간 또는 소유·수익 기간 산정 명세(귀속시설만 해당한다), ④ 시설의 관리운영계획, ⑤ 사용료 등 수입 및 지출 계획, ⑥ 부대사업을 시행하는 경우 그 내용 및 사유, ⑦ 정부지원을 받으려는 경우 그 내용 및 사유, ⑧ 시설사업기본계획을 변경하려는 경우 그 내용 및 사유, ⑨ 그 밖에 주무관청이 필요하다고 인정하는 사항이다. 민간투자법 제13조 제3항은 우선협상대상자와 '총사업비 및 사용기간 등 사업시행의 조건 등이 포함된 실시협약'을 체결한다고 규정하여, 실시협약에 반드시 포함되어야 하는 사항에 관하여 구체적으로 규정하고 있지는 않으나, 적어도 사업계획서에 포함되었던 사항들은 실시협약에도 포함될 것으로 보인다. 민간투자법 시행령 제15조 제1항에 의하여 실시계획 승인신청서에 기재하여야 하는 사항은 ① 사업을 시행하려는 위치 및 면적, ② 공사의 시행방법 및 기술 관련 사항, ③ 공정별 공사시행계획(공구별·단계별로 분할시공하려는 경우에는 분할실시계획을 말한다), ④ 필요토지의 확보 및 이용 계획, ⑤ 부대사업이 수반되는 경우 그 사업내용 및 실시계획, ⑥ 그 밖에 주무관청이 필요하다고 인정하는 사항이다.

일치하지 않는 경우 분쟁이 발생할 수 있다. 예를 들어, 주무관청은 민간투자자가 승인받은 실시계획의 내용대로 사업을 모두 시행하였음에도 실시협약의 내용대로 채무를 이행할 것을 청구할 수 있을 것인가?

실시협약 체결과 실시계획 승인은 이론적으로 채무의 결정과 그 집행행위가 결합된 독일의 수정 2단계론으로 설명해볼 수 있다. 그러나 앞서 2단계론에 대한 비판에서 본 바와 같이 양자의 불일치가 발생할 경우 이를 해결하는 방안에 관한 이론은 정립되어 있지 않다. 따라서 실시계획의 승인과 관련하여서는, 실시협약이 실시계획과 불일치하는 경우에 중점을 두어 연구가 이루어질 필요가 있다. 이를 위해서는 우선 양자의 불일치를 유형화해 보고, 실시협약과 불일치하는 내용의 실시계획이 승인된 경우에 발생할 수 있는 분쟁의 해결방안이 제시되어야 한다. 그리고 추가로, 우리나라의 대법원 판례가 제시하는 ‘부관안에 관한 협약’ 역시 작용형식을 달리하는 행정작용이 혼재하는 경우로서 검토할 가치가 있으므로, 행정청이 실시계획에 부관을 부가하는 경우와 관련지어서 연구할 필요가 있다.

2. 유형화

(1) 사업시행자가 실시협약과 다른 내용의 실시계획을 승인신청하고, 주무관청이 이를 그대로 승인한 경우

1) 사업시행자와 주무관청의 내심의 의사가 일치한 경우

사업시행자와 주무관청의 내심의 의사가 합치되어 실시협약과 다른 내용의 실시계획 승인 또는 변경승인이 이루어졌다면, 실시협약의 내용도 합의를 통하여 변경된 것으로 해석함이 타당하다. 그러나 현실적으

로는 별도로 실시협약의 변경을 문서화하지 않은 경우 실제로 합의가 있었는지를 둘러싸고 당사자 사이에서 치열한 다툼이 이루어지는 경우가 많다.

2) 사업시행자가 주무관청을 기망한 경우

사업시행자가 주무관청을 의도적으로 기망한 경우에는 법령상의 근거가 없더라도 기망행위를 이유로 한 취소가 가능하고, 이 경우 귀책사유 있는 당사자의 신뢰보호를 공익상의 필요보다 우선시할 필요는 없다.¹¹⁵⁾ 민간투자법 제46조 제1항은 명시적으로 거짓이나 그 밖의 부정한 방법으로 이 법에 따른 지정·승인·확인 등을 받은 경우 실시계획의 승인취소가 가능하도록 정하고 있다. 다만 실시계획 승인처분은 행정처분으로서 취소되기 전까지는 공정력을 갖는다는 점은 유의하여야 한다.

3) 사업시행자 일방이 착오를 일으킨 경우

사업시행자가 착오를 일으켜 실시협약과 다른 내용의 실시계획 승인을 신청하였는데 주무관청으로서는 실시협약의 내용을 변경하겠다는 의사표시인 것으로 오신하고 실시계획을 승인한 경우, 실시협약의 내용을 변경하기로 하는 내심의 의사가 합치되었다고 볼 수 없으므로 실시협약의 내용은 그대로 유지되나, 승인된 실시계획의 내용은 실시협약과 불일치하게 된다. 실시계획은 행정처분이므로 사업시행자가 착오를 이유로 한 민법상의 취소권을 행사할 수는 없다. 사업시행자로서는 실시계획의

115) 수익적 행정처분의 하자가 당사자의 사실은폐나 기타 사위의 방법에 의한 신청행위에 기인한 것이라면 당사자는 처분에 의한 이익이 위법하게 취득되었음을 알아 취소가능성도 예상하고 있었다 할 것이므로, 그 자신이 처분에 관한 신뢰이익을 원용할 수 없음은 물론 행정청이 이를 고려하지 아니하였더라도 재량권의 남용이 되지 아니한다. 한편 당사자의 사실은폐나 기타 사위의 방법에 의한 신청행위가 있었는지 여부는 행정청의 상대방과 그로부터 신청행위를 위임받은 수임인 등 관계자 모두를 기준으로 판단하여야 한다(대법원 2014. 11. 27. 선고 2013두16111 판결).

변경승인을 신청할 수 있겠으나, 주무관청이 이를 거부한다고 하더라도 실시협약의 내용만을 근거로 당연히 그 거부처분이 위법하게 되는 것은 아니다.

4) 주무관청 일방이 착오를 일으킨 경우

사업시행자가 실시협약과 다른 내용의 실시계획을 제출하였으나 주무관청은 실시계획이 실시협약의 내용과 동일한 것으로 오신하여 승인한 경우에도, 내심의 의사합치가 있었다고 볼 수 없으므로 실시협약의 내용은 그대로 유지되나, 승인된 실시계획의 내용은 실시협약과 불일치하게 된다. 주무관청은 착오를 이유로 실시계획 승인을 취소할 수 있으나, 수익적 행정처분의 취소와 관련된 제한을 받게 된다. 사업시행자가 주무관청을 의도적으로 기망한 것이 아니라 실시협약과 다른 내용임을 명시하여 실시계획 승인을 요청하였음에도 주무관청이 이를 간과한 경우에는, 사업시행자의 기득권이나 신뢰가 충분히 고려되어야 할 것이다.¹¹⁶⁾

5) 쌍방이 착오를 일으킨 경우

사업시행자가 착오를 일으켜 실시협약과 다른 내용의 실시계획 승인을 신청하였는데 주무관청 또한 위 실시계획이 실시협약과 동일한 것으로 착오하여 실시계획을 승인한 경우에도, 내심의 의사 합치는 존재하지 않으므로 실시협약의 내용은 변경되지 않는다. 그러나 쌍방이 동일한 착오를 일으켰다 하더라도 공고된 실시계획의 내용이 분명한 이상 승인

116) 다만 사업시행자가 주무관청을 기망하여 주무관청이 착오에 빠진 것인지, 아니면 주무관청을 기망할 의도가 없었음에도 주무관청이 이를 간과한 것인지는 내심의 의사와 관련된 문제로 실무상으로는 다툼이 많다. 결국은 당사자가 주고받은 의사표시의 해석을 통하여 확정되어야 할 것이다.

된 실시계획은 그 문언대로의 효력을 갖는다.¹¹⁷⁾ 주무관청은 착오를 이유로 실시계획 승인처분을 취소하거나, 사업시행자와의 협의를 통하여 실시계획 변경승인을 할 수도 있다. 쌍방이 착오를 일으킨 것이므로 주무관청이 일방적으로 실시계획 승인을 취소한다고 하더라도 신뢰보호가 문제될 여지는 적다.

(2) 주무관청이 실시계획의 내용을 변경하는 경우

첫째, 주무관청은 실시계획 승인처분에 부관을 붙일 수 있다. 수익적 행정처분에 있어서는 법령에 특별한 근거규정이 없다고 하더라도 그 부관으로서 부담을 붙일 수 있고, 협의에 의하여 부관을 부가하는 것도 가능하다는 것이 대법원 판례¹¹⁸⁾의 입장이다.

둘째, 주무관청은 민간투자법 제47조에 의하여 사회기반시설의 상황변경이나 효율적 운영 등 공공의 이익을 위하여 필요한 경우(제1호), 사회기반시설공사를 원활히 추진하기 위하여 필요한 경우(제2호), 전쟁, 천재지변 또는 그 밖에 이에 준하는 사태가 발생한 경우(제3호) 실시계획의 변경을 가져오는 명령이나 처분을 할 수 있다. 이를 이행하지 아니하는 경우 실시계획의 승인을 취소할 수도 하다.

셋째, 실시계획 승인처분의 일부가 주무관청의 취소, 철회 등으로 인하여 효력을 상실하는 경우를 들 수 있다. 외형상 하나의 행정처분이라 하더라도 가분성이 있거나 그 처분대상의 일부가 특정될 수 있다면

117) 행정절차법 제24조 제1항이 행정청이 처분을 하는 때에는 다른 법령 등에 특별한 규정이 있는 경우를 제외하고는 문서로 하도록 규정한 것은 처분내용의 명확성을 확보하고 처분의 존부에 관한 다툼을 방지하기 위한 것이라 할 것인바, 그와 같은 행정절차법의 규정 취지를 감안하여 보면, 행정청이 문서에 의하여 처분을 한 경우 그 처분서의 문언이 불분명하다는 등의 특별한 사정이 없는 한, 그 문언에 따라 어떤 처분을 하였는지 여부를 확정하여야 할 것이고, 처분서의 문언만으로도 행정청이 어떤 처분을 하였는지가 분명함에도 불구하고 처분경위나 처분 이후의 상대방의 태도 등 다른 사정을 고려하여 처분서의 문언과는 달리 다른 처분까지 포함되어 있는 것으로 확대해석하여서는 아니 된다(대법원 2005. 7. 28. 선고 2003두469 판결).

118) 대법원 2009. 2. 12. 선고 2005다65500 판결.

일부만의 취소도 가능하고 그 일부의 취소는 당해 취소부분에 관하여 효력이 생긴다.¹¹⁹⁾ 철회의 경우도 마찬가지이다. 수익적 행정처분의 취소·철회와 관련하여서는 신뢰보호원칙, 비례원칙, 불가변력, 실권의 법리 등과 관련된 제한이 있다. 일부취소의 사유로는 주무관청이 실시계획 승인 처분의 일부가 위법함을 이유로 사후적으로 직권취소하는 경우를 들 수 있고, 일부철회의 사유로는 ① 철회권의 유보 또는 부담 불이행에 의한 경우, ② 처분의 근거법령이 개정되어 처분이 새 법령의 요건을 갖추지 못하게 되는 경우, ③ 처분 이후에 처분의 기초가 되는 사정이 변경된 경우, ④ 중대한 공익상 필요가 있는 경우 등을 들 수 있다.¹²⁰⁾

(3) 재송취소에 의하여 실시계획의 내용이 변경되는 경우

주무관청이 실시계획을 승인한 이후에 재송을 통하여 실시계획 승인 처분의 일부가 취소되는 경우가 있다.¹²¹⁾ 실시계획은 사업시행자가 제출하여 주무관청의 승인을 받는 것이므로 실시계획의 부관 등이 위법한 경우, 사업시행자의 의사표시에 하자가 있는 경우 등을 제외하면 사업시행자가 실시계획 승인처분이 위법하다고 다투는 경우는 상대적으로 많지 않을 것이다.

사업시행자가 아닌 제3자도 원고적격¹²²⁾이 인정되는 경우 실시계획

119) 대법원 1995. 11. 16. 선고 95누8850 전원합의체 판결.

120) 김동희, 행정법 I, 박영사, 2017, 367-368면.

121) 민간투자법령을 위반하는 실시계획의 승인이 이루어진 경우 그 승인처분에 효력이 없다는 견해도 있으나(윤성철/홍성필, 민간투자사업분쟁관계법, 도서출판 법과교육, 2014, 608면), 하자의 정도에 따라 취소사유와 무효사유를 구분하여야 하고, 취소사유에 불과한 하자라면 재송 취소 전까지는 공정력에 의하여 유효하다고 봄이 타당하다.

122) 행정처분의 직접 상대방이 아닌 제3자라 하더라도 당해 행정처분으로 법률상 보호되는 이익을 침해당한 경우에는 취소소송을 제기하여 당부의 판단을 받을 자격이 있다. 여기에서 말하는 법률상 보호되는 이익은 당해 처분의 근거 법규 및 관련 법규에 의하여 보호되는 개별적·직접적·구체적 이익이 있는 경우를 말하고, 공익보호의 결과로 국민 일반이 공통적으로 가지는 일반적·간접적·추상적 이익과 같이 사실적·경제적 이해관계를 갖는 데 불과한 경우는 여기에 포함되지 아니한다. 또 당해 처분의 근거 법규 및 관련 법규에 의하여 보호되는 법률상 이익은 당해 처분의 근거 법규의 명문 규정에 의하여 보호받는 법률상 이익, 당해 처분의 근거 법규에

승인처분을 다투어 그 일부를 취소시킬 수 있다. 승인된 실시계획은 구체화된 사업내용을 담고 있으므로, 실시협약의 내용 중 제3자의 권리의 무에 영향을 미치는 것이 있다면 실시계획 승인처분을 다투으로써 실질적으로 실시협약의 하자를 주장하는 것도 가능하게 된다.

예를 들어 사업시행부지 내에 토지를 소유한 사람이라면 민간투자법에 의한 토지의 사용·수용 등으로 인하여 재산권의 제약을 받는다면 실시계획 승인의 취소를 구할 수 있을 것이다. 법원은 환경영향평가의 대상이 되는 사회기반시설사업에 관하여는 환경영향평가 대상지역 내에 거주하는 주민들에게 법률상 보호되는 이익이 있다고 보아 실시계획 승인처분에 관한 항고소송의 원고적격을 인정하고 있다.

다만 하자의 정도에 따라 실시계획 승인처분의 무효 여부는 달라질 것이다. 대법원 2006. 6. 30. 선고 2005두14363 판결은 환경영향평가를 거쳐야 할 대상사업에 대하여 환경영향평가를 실시하지 않고 환경부장관과의 협의 없이 민간투자법상 사업실시계획을 승인하였다면 그 실시계획 승인처분의 하자가 중대·명백하여 무효라고 보았으나, 대법원 2010. 2. 25. 선고 2009두102 판결은 부관으로 교통영향평가 심의필증을 교부받을 것을 조건으로 부가한 경우 교통영향평가를 거치지 아니한 하자가 중대·명백하여 무효사유라고 보기는 어렵다고 판시하였다. 한편 부산고등법원 2007. 11. 30.자 2006라248 가처분이의 결정은 환경영향평가가 부실하다 하더라도 당연히 실시계획 승인처분이 무효가 되는 것은 아니라고 보았다.

의하여 보호되지는 아니하나 당해 처분의 행정목적 달성을 위한 일련의 단계적인 관련 처분들의 근거 법규에 의하여 명시적으로 보호받는 법률상 이익, 당해 처분의 근거 법규 또는 관련 법규에서 명시적으로 당해 이익을 보호하는 명문의 규정이 없더라도 근거 법규 및 관련 법규의 합리적 해석상 그 법규에서 행정청을 제약하는 이유가 순수한 공익의 보호만이 아닌 개별적·직접적·구체적 이익을 보호하는 취지가 포함되어 있다고 해석되는 경우까지를 말한다(대법원 2015. 7. 23. 선고 2012두19496, 19502 판결 등).

한편 서울행정법원 2012. 4. 5. 선고 2011구합13026 판결은 민간 투자법상 사회기반시설사업과 관련하여 국가재정법 제100조 제1항에 따라 불법한 예산 또는 기금지출을 이유로 한 시정요구를 한 다음, 요구내용에 따른 조치가 이루어지지 아니하였음을 이유로 예산불법지출 시정요구 거부처분을 다투는 것은 불가능하다고 보았다. 시정요구는 법령위반의 사실에 관한 조사의 직권발동을 촉구하는 단서를 제공하는 것에 불과하고, 그 시정요구자에게 요구내용에 따른 조치를 취할 것을 구할 수 있는 법규상·조리상의 신청권이 없어, 그 거부행위가 항고소송의 대상이 되는 행정처분이 아니기 때문이다.¹²³⁾ 예산의 불법지출이 이루어졌다면 실시계획 승인처분의 하자로서 주장하는 것은 가능할 것으로 보인다.

취소판결은 형성력과 기속력을 가지므로, 주무관청은 위 기속력에 따라 같은 사유로 동일한 실시계획을 승인할 수 없게 된다. 판결의 당사자가 아닌 사업시행자도 위 취소판결에 대항할 수 없다. 실시계획 승인처분의 취소사유가 절차상 하자를 이유로 한 것이라면 적법한 절차를 거쳐 다시 실시계획을 승인하면 되지만, 내용상 하자를 이유로 한 것이라면 동일한 실시계획의 승인은 불가능하다. 이 경우, 주무관청과 사업시행자 쌍방의 의사와는 무관하게 실시계획의 내용이 달라질 수 있다.¹²⁴⁾

(4) 사업시행자가 실시계획의 내용을 변경하는 경우

주무관청이 실시계획을 승인한 이후에 사업시행자가 승인이 불필요한 경미한 내용을 변경할 수도 있다. 민간투자법 제15조 제1항 단서, 같은 법 시행령 제17조 제1항에 의하면 사업면적을 100분의 5의 범위에 서 변경하는 경우(사업면적의 변경이 총사업비의 변경을 수반하지 아니

123) 서울행정법원 2012. 4. 5. 선고 2011구합13026 판결.

124) 아래에서 보는 바와 같이, 이러한 경우에도 실시계획 승인이 불가능하게 된 실시협약상 채무는 정지조건의 불성취 또는 해제조건의 성취로 인하여 효력을 잃는다고 해석할 수 있다.

하는 경우만 해당한다, 제1호), 사업시행기간을 1년의 범위에서 변경하는 경우(실시협약에서 정한 건설기간을 초과하지 아니하는 경우만 해당한다, 제2호), 중요하지 아니한 설비 및 시설의 위치를 변경하는 경우(설비 및 시설의 위치 변경이 총사업비의 변경을 수반하지 아니하는 경우만 해당한다, 제3호)에는 사업시행자가 일방적으로 실시계획의 내용을 변경할 수 있고, 다만 이를 지체 없이 주무관청에 통지할 의무를 부담할 뿐이다(민간투자법 시행령 제17조 제2항).

사업시행자가 실시계획의 내용을 일방적으로 변경하는 것은 총사업비의 변경을 수반하지 않는 등의 경미한 경우에만 가능하므로, 특별히 문제가 될 여지는 많지 않다. 변경이 이루어진 부분에 관하여 승인이 불필요한 것은, 전체적으로 실시계획이 동일성 범위 내에 있다고 평가할 수 있기 때문인 것으로 보인다. 따라서 실시계획 변경의 주체가 사업시행자라고 하더라도 변경된 실시계획은 최초에 승인된 실시계획과 같이 행정처분으로서의 특성을 그대로 유지한다.

제3절 승인된 실시계획과 불일치하는 실시협약의 관계

1. 선행 실시협약과 불일치하는 후행 실시계획 승인처분의 효력

(1) 선행 공법상 계약의 내용과 불일치하는 후행 행정처분

공법관계와 사법관계에 본질적으로 우열관계가 존재하는 것은 아니다.¹²⁵⁾ 행정처분에 의하여 발생한 권리의무와 공법상 계약에 의하여 발

125) 우리 대법원은 현행법상 채납처분절차와 민사집행절차는 별개의 절차로, 한 쪽의 절차가 다른 쪽의 절차에 간섭할 수 없는 반면, 쌍방 절차에서 각 채권자는 서로 다른 절차에 정한 방법으로 다른 절차에 참여할 수밖에 없다고 보고 있다. 지은희, “채납처분에 의한 압류와 민사집

생한 권리의무도 마찬가지다.

행정청이 공법상 계약을 체결한 이후에 그와 불일치하는 행정처분을 할 수 있을 것인가. 우리나라의 다수설에 의할 경우 동일한 구체적 사실관계에 대하여 행정작용의 형식으로 공법상 계약을 택할 것인지 행정처분을 택할 것인지를 결정하는 것은 행정청의 재량에 속하고 법령의 유보는 필요하지 않다. 그러나 그와는 별개로 일단 공법상 계약의 작용형식을 선택한 후에 재차 동일한 사실관계에 대하여 행정처분의 작용형식을 선택하여 공법상 계약과 불일치하는 일방적 의사표시를 하는 것도 가능한지에 대하여는 견해의 대립이 있을 수 있다.

주체·내용·절차와 형식이라는 내부적 성립요건과 외부에 대한 표시라는 외부적 성립요건을 모두 갖춘 경우 행정처분은 일단 존재한다.¹²⁶⁾ 법령상 행정처분의 근거가 있고 행정처분이 성립요건을 갖추었으며 공법상 계약이 이를 명시적으로 배제하지 아니하였다면, 동일한 사실관계에 대하여 선행하는 공법상 계약이 있다고 하여 행정처분의 가능성 자체가 배제되는 것은 아니라고 봄이 타당하다. 행정처분의 근거법령이 강행규정에 해당하는 것으로 볼 수 있다면, 공법상 계약이 행정처분의 가능성을 명시적으로 배제한다고 하더라도 오히려 그 계약에 효력이 없다고 보아야 할 것이다.¹²⁷⁾

행정처분의 근거법령이 강행규정이 아닌 경우, 행정청이 동일한 사실관계에 대하여 사정변경이나 중대한 공익상의 필요 없이 선행하는 공법상 계약과 불일치하는 행정처분을 하였다면 그 행정처분에는 하자가

행법상 압류 또는 가압류가 경합하는 경우 집행공탁 허용 여부”, 사법논집 제63집, 법원도서관, 2017.

126) 대법원 2017. 7. 11. 선고 2016두35120 판결 등 참조.

127) 예를 들어 특정 시설의 설치가 불가능한 지역에 특정 시설을 설치·운영하기로 하는 공법상 계약을 체결한 이후에 행정청이 위 시설의 설치 금지 또는 철거명령을 내리는 경우, 위 행정처분은 유효하고, 행정처분의 상대방은 공법상 계약에 기하여 대항할 수 없다.

있다고 봄이 타당하다.¹²⁸⁾ 그러나 그 하자의 정도가 중대·명백하여 당연히 무효 사유에 해당하지 않는 이상 행정처분은 공정력을 가진다. 유효한 행정처분은 상대방의 권리의무관계에 일방적인 변동을 일으키므로, 공법상 계약에 따른 권리의무와 불일치하는 내용의 권리의무가 발생하였다 하더라도 이는 유효하다. 그러나 이는 행정처분이 시간적으로 후행하기 때문일 뿐, 행정처분이 언제나 공법상 계약에 우선하는 것은 아니라고 생각된다.¹²⁹⁾

결국 민간투자법상 실시협약의 체결 이후에 그와 불일치하는 내용의 실시계획이 승인되었다면, 선행하는 공법상 계약과 그에 후행하는 행정처분의 관계에 비추어 승인된 실시계획의 내용이 우선하여야 한다고 봄이 타당하다.

(2) 민간투자법의 분석

민간투자법에 비추어보았을 때에도 승인된 실시계획은 실시협약에 우선하여야 하는가?

첫째, 민간투자법상 실시계획 승인은 실시협약의 체결과는 구분되는 별개의 행정작용이고, 그 구체적인 사실관계와 근거법령도 다르다. 따라서 승인된 실시계획의 내용이 실시협약의 내용과 다르다는 것만으로 실시계획 승인처분에 하자가 있다고 보기는 어렵고, 행정청이 스스로 합

128) 공법상 계약의 체결 이후에 그와 불일치하는 행정처분이 이루어지는 경우라도, 동일한 사실관계와 근거법령을 전제로 한 것이 아니라면 행정처분에 당연히 하자가 있다고 보기는 어렵다. 다만 선행하는 공법상 계약은 후행하는 행정처분이 신뢰보호원칙이나 비례성 원칙을 위반하였는지 반하는지를 검토할 때 고려할 요소가 될 수 있다.

129) 행정처분 이후에 행정처분의 내용과 불일치하는 공법상 계약을 체결한 경우, 공법상 계약에 따른 권리의무가 유효하게 발생하는 것도 가능하리라고 본다. 다만 협약으로 선행 행정행위를 대체할 수 있는지 여부는 해당 행정행위의 목적, 강행규정성, 공익적 측면, 제3자에 미치는 영향 등을 고려하여 판단해야 하며, 이는 이미 공정력이 발생한 행정행위의 내용을 대체하는 것이기 때문에 신뢰보호나 법적 안정성 측면에서 그 허용범위를 좁게 해석할 수밖에 없다는 견해로는 이승민, “불확정 부관(개방형 부관)에 관한 법적 검토”, 행정법연구 제48호, 2017, 173면.

의한 내용을 일방적으로 변경하여 신뢰보호의 원칙을 위반하였는지, 실시협약에 따른 사업시행자의 기대권이 침해되어 비례성 원칙 등에 반하는지 등을 구체적으로 살펴 그 하자의 존부와 정도를 심사하여야 한다. 하자가 존재한다 하더라도 실시계획 승인처분을 취소할 정도에 이르지 않았거나, 취소되지 아니하였다면 승인된 실시계획의 내용대로 공법상 권리의무가 발생한다. 따라서 실시협약의 당사자는 실시협약의 내용을 들어 위 실시계획에 대항할 수 없다고 봄이 타당하다.

둘째, 민간투자법상 실시협약과 실시계획은 동일한 행정목적을 달성하기 위한 단계적 행정작용으로 파악할 수 있다. 양자의 형식적 독립성에만 주안점을 두어 그 내용을 별개로 파악하고 양자의 충돌하는 권리의무가 모두 유효하다고 해석하는 것은 민간투자사업의 효율적이고 통일적인 진행을 저해할 뿐이다. 결국 둘 중의 하나가 우선시되어야 할 것인데, 시간적, 단계적으로도 후행하고 민간투자법령상 실제 사업시행과 준공검사의 기준이 되는 실시계획을 우선시하는 것이 이론적으로나 법리적으로도 바람직하고, 실무적인 혼란이나 쟁송 방지에도 도움이 될 것이다.

셋째, 행정청은 실시계획의 승인과정에 하자가 있다거나 사정변경이 발생하는 등 민간투자법이 정한 목적이나 공공의 행정목적을 달성하기 위하여 필요한 경우에는 실시계획 승인처분을 취소·철회하거나, 민간투자법에 의하여 필요한 명령·처분을 할 수 있다. 따라서 행정청의 입장에서 실시협약에 기하여 스스로 승인한 실시계획과 불일치하는 내용의 채무이행을 구할 필요성은 높지 않다.¹³⁰⁾ 한편 주무관청이 적법한 절차

130) 물론 수익적 행정처분의 취소·철회 또는 침익적 행정처분과 관련된 일반적 제한이 가해질 가능성은 있지만, 그러한 처분이 최초에 체결하였던 실시협약의 내용에 따른 채무의 이행을 구하는 취지라면 신뢰보호나 비례의 원칙 위반 여부를 판단함에 있어 실시협약의 내용이 참작될 여지가 있다.

를 거쳐 실시계획을 검토한 다음 승인(처분)하였음에도 이후에 실시계획과 다른 실시협약(계약)의 이행을 주장하는 것은 행정청이 스스로 부여한 구속력·공정력과 공적 신뢰를 깨뜨리는 것으로 제한될 필요가 있다.

장차 실시협약과 실시계획의 불일치를 해소하기 위해서는 명시적으로 실시계획이 우선한다는 규정을 입법하는 것이 가장 간명한 해결책이 될 것으로 보인다.

(3) 실시계획의 실시협약 대체가능성

실시협약의 당사자가 실시협약의 내용을 들어 실시계획에 대항할 수 없다면, 실시계획이 실시협약을 대체하는 것인지에 관한 의문이 들 수 있다. 민간투자법상 실시협약이 존재한다고 하더라도 결국 실시계획의 승인을 받지 않으면 실제로 사업을 시행할 수 없고, 사업시행과 준공검사의 기준이 되는 것도 실시협약이 아닌 실시계획인 점 등을 고려해 보면 실시협약에는 별다른 의미가 없는 것으로 보이기도 한다.

민간투자법상 실시계획이 실시협약을 대체한다는 해석은 실시협약과 실시계획의 내용을 일치시켜 법률관계를 안정시킬 수 있다는 장점이 있지만, 다음과 같은 단점이 있어 바람직하지 않다. ① 일방 당사자의 의사대로 계약내용이 변경된다는 것은 쌍방 당사자 사이의 의사표시 합치를 핵심적인 요소로 하는 계약의 본질과는 맞지 않는다. ② 실시계획이 실시협약의 내용을 대체해 버린다면 양자의 불일치가 발생하지 않으므로 실시계획은 언제나 위법하지 않게 된다. 실시협약상 의무를 위반하는 실시계획 승인이 이루어진 경우에도 실시계획 승인을 취소하거나 손해배상을 청구하는 것이 불가능하다. 이는 실시협약을 도입한 민간투자법의 취지를 몰각시키는 것이다. ③ 현행 민간투자법령상 주무관청이 실시협약의 내용을 임의로 변경할 수 있다고 해석할 만한 규정이 없을 뿐만 아니

라, 위와 같은 해석에 따를 때에도 주무관청이 특별한 법령상의 근거 없이 일방적으로 부가하는 부관까지 계약의 내용으로 삼기는 어렵다.

따라서 실시협약은 실시계획에 대항할 수 없을 뿐 그 권리의무 자체가 실시계획에 의하여 대체되는 것은 아니라고 봄이 타당하다. 실시협약상 권리의무를 부당하게 침해하는 실시계획이 승인되었다면 사업시행자는 실시계획 승인처분의 취소 내지 무효확인을 구하는 항고소송을 제기하거나, 손해배상을 구하는 공법상 당사자소송을 제기하는 등으로 실시협약에 기초한 권리구제를 도모할 수 있다.

2. 실시계획과 불일치하는 실시협약에 따른 채무

실시협약 체결 이후에 그와 불일치하는 실시계획의 승인이 이루어진 경우, 승인된 실시계획에 따라 사업시행과 준공검사가 이루어져야 한다. 주무관청은 실시협약의 내용을 들어 준공확인을 거부할 수 없다.¹³¹⁾ 그러나 실시협약상 권리의무가 실시계획에 의하여 대체되지 않고 여전히 잔존하는 상황이라면, 실시협약의 당사자가 실시협약에 따른 채무의 이행을 구하거나, 반대로 채무의 부존재 확인을 구할 수 있을 것인가?

(1) 실시협약에 따른 채무이행청구

주무관청은 실시협약의 내용을 들어 준공확인을 거부할 수 없다. 그렇다면 적법한 준공확인 이후에 실시계획과는 별개로 실시협약에 기초한 채무의 이행청구를 하는 것은 가능하다고 볼 것인가?

예를 들어 해당 사회기반시설의 설계가 변경되는 등으로 실시협약과

131) 민간투자법에 의하면 사업시행자가 제15조 제2항에 따라 고시된 실시계획에 따라 사업을 완료하였을 때에는 지체 없이 대통령령으로 정하는 바에 따라 공사준공보고서를 주무관청에 제출하고 준공확인을 받아야 한다(제22조 제1항). 따라서 준공검사는 실시계획의 내용에 따라야 함이 분명하고, 주무관청은 실시협약의 내용을 들어 준공검사 또는 준공확인을 거부할 수 없다고 봄이 타당하다.

실시계획의 내용이 달라진 경우, 이미 실시계획대로 공사가 진행되어 준공확인까지 완료되었음에도 실시협약상 채무의 이행을 구할 수 있다고 하면, 해당 사회기반시설사업에 커다란 법적 불안정성과 비효율을 야기하게 된다. 주무관청이 스스로 승인한 실시계획과 다른 내용의 실시협약에 따라 채무의 이행을 구하는 것은 행정처분의 구속력과 공정력, 불가변력에 어긋날 뿐만 아니라 신의칙에도 반한다.

따라서 실시협약이 유효하게 존속하고 있다고 하더라도, 그와 불일치하는 내용의 실시계획이 유효하게 존속하는 한¹³²⁾ 실시협약에 기초하여 실시계획과 상충되는 채무의 이행을 구하는 것은 불가능하다고 봄이 타당하다. 아래에서 상술하는 바와 같이, 결국 실시협약상 채무는 명시하지 않았더라도 민간투자법의 해석상 실시계획 승인을 조건으로 하는 채무라고 보아야 할 것이다.

주무관청은 준공확인 전에 실시계획 승인을 취소하거나, 준공확인 이후에 그 취소가 제한되는 경우에는 민간투자법 제46조, 제47조에 기한 처분을 하거나, 실시협약에 기하여 손해배상청구를 하는 등으로 우회적인 해결방안을 도모하여야 할 것이다.

(2) 실시협약에 따른 채무의 부존재 확인

1) 문제의 제기

그렇다면 반대로, 주무관청이 실시계획과 다른 실시협약에 기하여

132) 적법한 준공확인이 있었다면 이전 단계의 행정처분인 실시계획 승인처분의 직권취소는 제한된다고 보아야 한다. 한편 적법한 준공확인이 이루어지면 사업시행자나 제3자는 더 이상 실시계획 승인처분의 취소를 구할 수 없게 된다(위법한 행정처분의 취소를 구하는 소는 위법한 처분에 의하여 발생한 위법상태를 배제하여 원상으로 회복시키고 그 처분으로 침해되거나 방해 받은 권리와 이익을 보호·구제하고자 하는 소송이므로 비록 그 위법한 처분을 취소한다 하더라도 원상회복이 불가능한 경우에는 그 취소를 구할 이익이 없다. 대법원 1996. 11. 29. 선고 96누9768 판결 참조).

채무이행을 구하였을 때, 사업시행자가 주무관청을 상대로 채무의 부존재 확인을 구하는 소를 제기한다면 어떻게 될 것인가? 앞서 살펴본 바와 같이 실시협약상 권리의무가 존재하지만 단순히 실시계획에 대항할 수 없음에 그친다면, 논리적으로 채무의 부존재를 확인하는 것은 곤란하다. 그러나 채무가 존재하지만 그 이행을 구할 수 없다고 해석하는 것 또한 지나치게 형식적인 논리로서 혼란을 초래할 뿐이다. 이와 관련하여 현재 진행 중인 판례가 주목된다.

2) 판례

인천지방법원 2017. 5. 11. 선고 2015구합53927 판결은 사업시행자가 주무관청을 상대로 실시협약상 채무의 부존재 확인을 구한 사례이다. 위 판결에서 법원은 학교건물의 증축과 관련하여 체결한 시행협약(실시협약)을 공법상 계약, 실시계획 승인을 행정처분으로 본 다음, 시행협약의 해석상으로는 증축부분 뿐만 아니라 기존의 건물에 대하여도 내진보강공사를 할 의무를 부담하지만, 실시계획의 해석상으로는 기존건물에 대한 내진보강공사를 할 의무는 부담하지 않는다고 해석하였다. 그리고 시행협약 이후에 시행협약과 다른 내용의 실시계획 승인신청이 이루어졌음에도 주무관청이 적법한 검토절차를 거쳐 실시계획 승인을 하였다면, 주무관청의 입장에서 실시계획이 시행협약과 다르다는 내용을 인식하면서도 그와 같은 시행협약의 변경합의에 이르렀는지를 묻지 아니하고, 승인처분에 당연무효사유가 존재한다거나 승인처분이 적법하게 취소되지 아니하는 한 민간투자사업과 관련된 사업시행자의 권리의무는 시행협약이 아닌 실시계획에 의하여 적법하게 확정된다고 봄이 타당하다고 판시하였다. 따라서 실시계획 승인처분을 취소하지 않는 한(주무관청이 민간투자법 제47조 등에 의한 처분을 하는 것은 별론으로 하고) 실시계

획과 배치되는 시행협약의 내용에 기하여 기존건물에 관한 내진보강공사의 이행을 구할 수는 없다고 보았고, 결국 위 채무는 부존재하는 것이라고 판시하였다.

그러나 위 항소심인 서울고등법원 2018. 2. 8. 선고 2017누53950 판결은 협약당사자가 시행협약에서 정한 내용과 다른 내용의 실시계획에 대한 승인이 협약당사자가 아닌 주무관청에 의하여 이루어졌다는 사정만으로는 시행협약에서 정한 내용이 협약당사자 사이의 합의에 의해 변경되었다고 할 수는 없다는 이유로, 여전히 시행협약에 따른 채무는 존재한다고 판시하였다. 이에 대한 상고심이 현재 대법원에서 계속 중으로, 그 귀추가 주목된다.

3) 검토: 실시협약 중 승인의 대상이 되는 채무를 조건부로 해석

민간투자사업의 진행을 위해서는 실시계획의 승인이 필수적이다. 실시협약이 적법하게 체결되었다 하더라도 실시계획이 승인되지 않는 한 민간투자자는 사업시행자로서의 권한을 행사할 수 없다. 사업시행자가 실시계획의 승인을 받지 아니한 채 임의로 실시협약에 따라 사업을 시행한다고 하더라도 이는 위법하여 민간투자법 제46조에 의한 제재의 대상이 될 뿐이다. 주무관청의 입장에서 실시계획의 승인이 이루어지지 않은 상태에서 실시협약대로의 사업시행을 구하는 것은 법령의 위반행위를 구하는 것이나 마찬가지여서 신의칙에 반한다.

실시계획 승인을 받지 않고 실시협약만으로 사업시행을 할 수 있다고 본다면 사회기반시설사업에 관하여 민간투자법이 예정하고 있는 공법적인 통제가 어려워진다. 주무관청의 입장에서 실시계획 승인 거부나 실시계획 승인의 취소·철회 등 행정처분을 통한 공법적 통제를 가하기가 어려워지고, 사업시행자가 아닌 제3자의 입장에서 실시계획 승인

처분이 없다면 실시협약의 하자를 다투기 어려워,¹³³⁾ 결국 사회기반시설 사업에 관한 공법적 통제가 어려워진다.

이러한 사정들을 종합적으로 고려하면, 결국 실시협약상의 채무는 협약에 명시되어 있지 않더라도 민간투자법령에 의하여 실시계획 승인을 정지조건으로 하거나, 실시협약과 상충되는 내용의 실시계획 승인을 해제조건으로 하는 채무라고 해석함이 타당하다. 주무관청은 실시계획 승인 과정에서 성실하게 협력할 의무를 부담하지만, 반드시 실시협약과 동일한 내용의 실시계획을 승인할 의무를 부담하는 것은 아니다. 민간투자법에 그러한 취지의 규정은 존재하지 않고, 실시계획 승인처분은 주무관청의 재량행위이며, 같은 법 제45조 내지 제47조가 명시적으로 주무관청의 사업시행자에 대한 일방적 명령·처분권도 인정하고 있기 때문이다. 현행 행정소송법상 그와 같은 승인의무를 강제하는 것도 불가능하다.¹³⁴⁾ 실시협약과 다른 내용의 실시계획이 승인되었는데 행정청의 귀책사유가 있는 것으로 인정될 수 있다면 실시계획 승인처분이나 변경승인신청 거부처분을 항고소송으로 다투거나, 손해배상을 청구하는 등의 우회적인 방안을 생각해볼 수 있을 뿐이다.

실시협약상 채무를 조건부 채무로 보는 경우, 실시계획과 상충되는 실시협약상 채무¹³⁵⁾는 상충되는 실시계획의 승인이라는 해제조건이 성취로 인하여 효력이 없게 된다고 해석할 수 있다. 그리고 실시계획과

133) 위 제3장 제3절의 2. 참조.

134) 현행 행정소송법상 의무이행소송이나 의무확인소송은 인정되지 않으며, 행정심판법이 의무이행심판청구를 할 수 있도록 규정하고 있다고 하여 행정소송에서 의무이행청구를 할 수 있는 근거가 되지 못한다(대법원 1992. 2. 11. 선고 91누4126 판결).

135) 실시협약과 실시계획의 내용이 상충되는지를 판단하는 과정에서도 의사표시의 해석 문제가 발생할 수 있다. 위 2)항 판례에서 실시협약은 기존 건물 부분에 대한 내진보강공사를 시행하는 내용이었고, 실시계획은 기존 건물 부분에 대한 내진보강공사를 시행하지 않는 내용이었다. 실시협약대로 기존 건물 부분에 대한 내진보강공사를 시행하더라도 실시계획의 내용과 상충되는 것은 아니라고 해석할 여지가 있으나, 실시계획이 기존 건물 부분에 대한 내진보강공사를 하지 않기로 결정하는 내용이라고 해석할 경우에는 시행협약과 상충된다고 볼 수도 있다.

상충되지 않는 실시협약상 채무라 하더라도 실시계획의 승인 없이는 시행할 수 없는 것으로 판단되는 한, 그 채무는 정지조건의 불성취로 효력이 발생하지 않는다고 해석할 수 있다. 이러한 전제 하에서는 채무의 부존재 확인도 가능하다. 실시계획 승인이 필요한 채무인지 여부는 민간투자법령을 기초로, 협의 과정에서 나타난 쌍방의 의사표시의 내용, 해당 사업의 규모와 내용 등에 비추어 문제가 된 채무가 해당 사업에서 차지하는 중요성 등을 종합적으로 고려하여 판단하여야 할 것이다.

제4절 실시계획의 부관

1. 서론

주무관청이 실시계획 승인처분에 부관을 부가하는 경우에도 실시협약과의 불일치가 발생하게 된다. 부관은 주무관청이 일방적으로 부가할 수도 있지만, 협의에 의하여도 부가할 수 있으며, 예외적인 경우에는 실시계획 승인처분이 이루어진 이후에도 부가할 수 있다. 특히 협의에 의한 부관의 부가는 협약과 행정처분의 부관이라는, 작용형식과 적용원리를 달리하는 행정작용이 밀접하게 관련되어 있다는 점에서 연구할 가치가 있다.

부관이 적법·유효한 경우 실시협약과의 불일치가 발생하게 된다. 실시협약과 실시계획이 불일치하는 경우의 효력 문제는 앞서 살펴본 바와 같다.

2. 일방적인 부관

재량행위인 수익적 행정처분에 있어서는 법령에 특별한 근거규정이 없

다고 하더라도 그 부관으로서 부담을 붙일 수 있다. 대법원 판례에 의하면 부담은 그 자체로서 항고소송의 대상이 되나,¹³⁶⁾ 다른 부관의 경우는 독립하여 쟁송할 수 없고 그 행정처분 전체를 대상으로 삼아야 한다.¹³⁷⁾ 다수설과 판례에 의하면 하자 있는 부관이 주된 행위에서 본질적인 부분 또는 중요부분에 해당하는 경우에만 주된 행정처분도 그 효력을 상실하게 된다.¹³⁸⁾ 이 때 부관의 하자과 관련된 심사는 행정법의 일반원칙에 의하여야 한다.

실시계획이 반드시 실시협약과 동일하여야 한다는 근거는 없으므로, 실시계획과 다른 내용의 부관이 실시계획에 부가되었다는 이유만으로 부관이나 실시계획에 하자가 존재한다고 보기는 어렵다. 실시협약의 내용은 부관의 하자를 심사하는 일반원칙, 즉 부당결부금지, 비례원칙, 평등원칙, 신뢰보호원칙 등에 위반되는지를 심사함에 있어 하나의 요소로 참작될 수 있을 것이다.

3. 협약을 통한 부관

(1) 부가가능성

대법원 판례는 사업시행자와 주무관청이 협의에 의하여 부관을 부가하는 것도 가능하다는 입장이다. 대법원 2009. 2. 12. 선고 2005다65550 판결은 허가를 전제로 하여 당사자가 이행하여야 할 의무를 규정한 협약이 ‘부관안에 대한 협약’이라고 보았으나, 위 협약의 성격이 무엇인지를 명확히 밝히지는 않아, 그 해석을 둘러싼 견해가 분분하다. 이를

136) 대법원 1992. 1. 21. 선고 91누1264 판결 등. 서울고등법원 1993. 5. 13. 선고 92구13747 판결은 주택건설사업계획승인처분 중 일부 승인조건을 부담으로 보고, 승인조건만을 취소하였다.

137) 대법원 2001. 6. 15. 선고 99두509 판결 등.

138) 류지태/박중수, 행정법신론, 박영사, 2016, 291면.

행정처분의 부담으로 해석하는 견해,¹³⁹⁾ 공법상 계약으로 보는 견해,¹⁴⁰⁾ 부관에 결합된 공법상의 계약으로 파악하면서 2단계설적인 입장을 취하는 견해 등¹⁴¹⁾이 있다. 이에 대하여 행정청이 체결하는 어떤 협약이 ‘공법상 계약’으로 인정되려면 협약이 허가와는 별개로, 허가로부터 독립하여 체결되었다고 볼 수 있어야 하고, 그렇지 않다면 협약이 공법상 계약이라기보다 허가에 부가하는 부담에 관한 협약에 불과하다는 취지로 해석하는 견해¹⁴²⁾와 위와 같은 내용이 명시적으로 대법원 판결의 이유에 설시된 바 없으므로 대법원의 입장이라고 보기는 어렵다는 견해¹⁴³⁾도 있다. 협약을 체결하여 교섭을 한 후 부관을 붙이는 방식을 긍정적인 시각에서 파악하는 입장¹⁴⁴⁾이 있는 반면에 특별한 법률상의 근거 없이 행정행위와 관련된 협약을 부관의 형태로 체결하는 관행을 편법으로 보아 부정적인 시각¹⁴⁵⁾도 있다.

(2) ‘부관안에 관한 협약’의 성격

1) 부관안에 관한 협약이 ‘계약’인지 ‘부담’인지

위 판결의 사실관계는 다음과 같다. 관리청인 한국도로공사가 사

139) 김용섭, “부당결부금지의 원칙과 부관”, 행정판례연구 XV-II, 2010, 289-290면.

140) 이광운, 2009분야별 주요 판례평석, 2010. 4. 22.자 법률신문, 김용섭, “부당결부금지의 원칙과 부관”, 행정판례연구 XV-II, 2010.에서 재인용. 김대인, “공법상 계약 관련 판례에 대한 고찰”, 특별법연구 9권, 법발전재단, 2011, 124면-125면도 같은 입장이다.

141) 김용섭, “부당결부금지의 원칙과 부관”, 행정판례연구 XV-II, 2010, 291-294면.

142) 김경란, “행정청이 수익적 행정처분을 하면서 사전에 상대방과 체결한 협약상의 의무를 부담으로 부가하였는데 부담의 전제가 된 주된 행정처분의 근거법령이 개정되어 부관을 붙일 수 없게 된 경우, 위 부관의 효력”, 대법원 판례해설 제79호, 법원도서관, 2009.

143) 이상덕, “합의 불이행을 이유로 합의에 근거하여 한 직권감차명령의 처분성”, 대법원 판례해설 제110호, 법원도서관, 2017.

144) 김남진, “교섭·합의에 의한 부관의 효력”, 행정판례연구 제2권, 1995. 김용섭, “부당결부금지의 원칙과 부관”, 행정판례연구 XV-II, 2010에서 재인용.

145) 오준근, “부동산개발사업 허가의 부관과 개발협약에 관한 한국과 미국의 비교법적 고찰, 토지공법연구 제40집, 2008. 5, 104-107면. 김용섭, “부당결부금지의 원칙과 부관”, 행정판례연구 XV-II, 2010에서 재인용.

업시행자인 주식회사 대한송유관공사와 ‘관리청이 송유관시설의 이전을 요구할 수 있고 이설비용은 사업시행자가 부담한다’는 협약을 체결하고, 도로점용 및 점도구역내 공작물 설치허가를 하면서 허가조건의 하나로 ‘위 협약을 위반하였을 때에는 관리청이 임의로 허가를 취소할 수 있다’는 조항을 부가하였다. 그런데 송유관 매설 완료 이전에 도로법 시행규칙이 개정¹⁴⁶⁾되어 위 부관의 근거규정이 소멸하자, 사업시행자 측에서 위 협약의 효력이 소멸하였다고 주장하였다. 관리청은 먼저 비용을 부담하여 공사를 완료한 후 사업시행자에 대하여 협약에 기한 이설비용을 청구하였고, 관리청이 승소하였다.

위 대법원 판례는 행정처분의 부관에 의하여 이설비용을 부담하도록 한 것이 아니라, 협약이 계약임을 전제로 처분문서의 해석을 하고, 계약상 의무를 대신 이행한 관리청의 부당이득 반환청구를 인정한 사례이다.¹⁴⁷⁾ 따라서 위 판례가 부관안에 관한 협약을 부담과 동일시하고 있는 것으로 보기는 어렵다.¹⁴⁸⁾ 위 판례가 계약에 불과한 위 협약에 대하

146) 1994. 2. 1. 도로법 시행규칙이 개정되어, 점도구역에서는 관리청의 허가 없이 송유관을 매설할 수 있게 되었고, 1998. 8. 1. 건설교통부의 ‘점도구역관리지침’ 중 고속도로 점도구역에 건축허가 또는 형질변경허가를 신청하기 위하여는 그 허가신청서에 보상비청구포기서를 첨부하도록 하는 내용 부분이 재산권침해의 우려가 있다는 이유로 삭제되었다. 김경란, “행정청이 수익적 행정처분을 하면서 사전에 상대방과 체결한 협약상의 의무를 부담으로 부가하였는데 부담의 전제가 된 주된 행정처분의 근거법령이 개정되어 부관을 붙일 수 없게 된 경우, 위 부관의 효력”, 대법원 판례해설 제79호, 법원도서관, 2009, 698면.

147) 위 판결은 당사자 사이에 계약의 해석을 둘러싸고 이견이 있어 처분문서에 나타난 당사자의 의사해석이 문제되는 경우에 그 해석은 문언의 내용, 그와 같은 약정이 이루어진 동기와 경위, 약정에 의하여 달성하려는 목적, 당사자의 진정한 의사 등을 종합적으로 고찰하여 논리와 경험칙에 따라 합리적으로 해석하여야 한다는 법리를 전제로 위 협약의 내용을 해석하였고, ‘법원의 판단 결과, 이 사건 공사구간에서의 송유관 이설비용 문제가 구체화된 시점에서 이 사건 협약에 의하여 사업시행자가 부담하는 점도구역에 매설된 송유관에 대한 이설비용부담채무가 유효하게 존속한다고 판단된다면, 결국 관리청의 이 사건 청구는, 사업시행자가 이 사건 협약에 따라 위 이설비용을 부담할 법률상 의무가 있음에도 불구하고 관리청이 그 비용을 부담함으로써 인하여 사업시행자가 부당이득한 이설비용 상당의 반환을 구하는 청구라고 할 것이다’라고 판시하여, 행정처분이 아닌 협약에 근거하여 관리청의 청구를 인용하였다.

148) 위 대법원 판례에 나타난 협약의 해석과 관련하여, 매설된 송유관의 이전에 따른 비용부담에 관해 구체적인 내용이 들어가 있고, 이후 소송과정에서도 이 사건 협약이 지속적으로 약정금청구의 근거로 제시되고 있으므로 법적 구속력 있는 계약으로서의 성격을 갖는다는 견해로

여 처분 당시에 부관에 관한 근거법령이 있었는지, 부당결부금지원칙을 위반하였는지를 판단한 것은, 계약의 형식을 띤 행정작용에 공법원리를 적용한 것으로 봄이 타당하다.

사건으로는, 부관안에 관한 협약이 쌍방의 의사합치에 기한 것으로서 행정처분에 선행하는 별개의 행위로서 존재하는 경우라면, 위 협약이 계약인지 부관인지는 단순명료하게 ‘당사자가 위 협약에 법적인 구속력을 부여할 의사가 있었는지’에 따라 판단하여야 한다고 본다. 양해각서와 같이 서면협약의 형식을 띠면서도 법적인 구속력이 없는 것으로 해석될 수 있다면, 해당 협약은 행정처분의 부관에 흡수되거나 부관과 불가분의 일체를 구성하고, 당사자는 행정처분의 부관만을 다룰 수 있는 것으로 본다. 그러나 위 협약에 관하여 쌍방이 법적인 구속력을 부여할 의사가 있었다면 위 협약은 행정처분과 구분되는 별개의 계약으로서 존재한다고 봄이 타당하다. 공법상 계약인지 사법상 계약인지는 계약의 내용에 따라 결정될 것이다. 예를 들어 기부채납과 관련된 내용이라면 대법원 판례에 따라 사법상 증여계약이라고 볼 수 있을 것이고,¹⁴⁹⁾ 공법관계로 평가될 수 있는 법령상 의무의 준수와 관련된 것이라면 공법상 계약이라고 볼 수 있을 것이다.

법적 구속력 있는 계약으로서의 협약이 체결된 경우라면, 계약은 행정처분에 흡수되거나, 행정처분 또는 부관을 대체하지 않고 별개로 존재한다고 봄이 타당하다. 행정처분의 부관이 ‘협약을 위반할 경우 행정

는 김대인, “공법상 계약 관련 판례에 대한 고찰”, 특별법연구 9권, 법발전재단, 2011, 124면-125면. 위 견해는 협약이 이후 허가의 부관(부담)으로 편입됨에 따라 결과적으로 보더라도 법적 구속력 있는 계약으로서의 성격을 갖게 되었다고 하고, 한편으로는 협약이 일방적인 행정 행위를 대체하는 성격을 가지고 그 내용도 공익성이 강하므로 ‘공법상 계약’으로서의 성격을 인정하여야 한다고 보고 있다. 그러나 논자는 협약이 별개의 계약으로 존재한다고 해석하는 한 행정처분에 흡수되거나, 협약의 내용이 행정처분 또는 부관을 대체하는 것은 아니라고 본다.

149) 반대하는 학설의 견해도 유력하다. 박정훈, 행정법의 체계와 방법론, 박영사, 2005, 306면 등.

처분을 취소·철회할 수 있다’는 취지라면, 협약의 내용이 행정처분의 일부를 구성한다고 볼 수 있지만, 이는 협약의 내용이 철회권 유보의 내용으로서 인용되는 것일 뿐, 협약 자체가 행정처분에 흡수되는 것은 아니다. 반대로 협약의 내용이 부관을 대체하는 것도 불가능하다. 협약 체결 당시에는 행정처분이 예정되어 있을 뿐, 행정처분이 존재하고 있지 않다. 만약 협약에 후행하는 행정처분의 처분서에 협약의 내용이 포함되어 있지 않다면, 당해 행정처분은 그 처분서의 내용대로 효력을 발생할 뿐이고, 행정처분과 별개로 이루어진 협약의 내용이 당연히 행정처분의 부관으로 포함된다고 해석할 수는 없다.¹⁵⁰⁾ 협약의 당사자는 계약에 기한 채무불이행책임 또는 불법행위책임¹⁵¹⁾을 물을 수 있을 뿐이다.

2) ‘부관안에 관한 협약’에 의한 채무의 해석

‘부관안에 관한 협약’을 행정처분과 별개인 공법상 계약으로 파악할 경우, 앞서 본 바와 같이 공법상 계약과 행정처분이 작용형식과 적용원리를 달리함으로 인한 문제가 발생할 수 있다. 협약의 내용이 행정처분을 예정하고 있어 행정처분 없이는 채무의 이행이 불가능하다는 등의 사정이 있다면, 앞서 본 바와 같이 협약상 채무의 내용을 행정처분 조건부 채무로 해석해볼 수 있다. 행정청은 사정변경이 없는 한 협약대로의 행정처분과 부관의 부가를 위하여 협력할 의무를 부담하나, 행정처분의 상대방이 주무관청에게 그와 같은 행정처분이나 부관의 부가를 강제하거

150) 대법원 2005. 7. 28. 선고 2003두469 판결 등 참조.

151) 불법행위 책임을 물을 수 있게 된다고 해서 반드시 해당 처분이 위법하게 되는 것은 아니다. 민사법과 행정법의 위법성 판단이 반드시 일치하는 것은 아니기 때문이다. 예를 들면 건축법상 일조관련 규정을 준수하여 건축허가처분을 취소할 수 없음에도 민사상 손해배상책임은 성립하는 경우가 있다. 이와 관련하여 존속보장과 가치보장의 문제를 나누어 공법과 사법을 조화롭게 이해하는 해석론으로는 김종보, “건축법과 민사법의 접점”, 중앙법학 제4집 제2호, 2002. 09. 82-84면. 이에 따르면 행정처분을 저지, 즉 행정처분의 취소를 구하기 위한 정도의 위법은 손해배상소송의 위법과 다른 기준에 의하여 판단되어야 한다.

나, 행정처분이 없는 상태에서 협약상 채무의 강제이행을 구할 수는 없다. 행정청의 귀책사유가 있는 경우 손해배상책임을 부담할 수는 있겠으나, 그 성부와 범위가 공법원리에 따라 제한될 가능성도 있다.

(3) 공법원리의 적용

공법상 계약이라면 공법원리를 곧바로 적용할 수 있다.¹⁵²⁾ 그러나 사법상 계약의 형태를 취하였더라도 부관의 실질을 가진다면 부관에 관한 공법원리가 적용되어야 한다. 위 대법원 2009. 2. 12. 선고 2005다 65550 판결도 부관안에 대한 협약에 관하여 부당결부금지원칙 위반 여부를 판단한 바 있다.

대법원은 부당결부금지 등의 공법원리 적용을 회피하기 위하여 사법상 계약의 형태를 선택한 경우 그 계약은 위법하여 무효라고 판시하고 있다. 대법원 2009. 12. 10. 선고 2007다63966 판결은 ‘공무원이 인·허가 등 수익적 행정처분을 하면서 상대방에게 그 처분과 관련하여 이른바 부관으로서 부담을 붙일 수 있다 하더라도, 그러한 부담은 법치주의와 사유재산 존중, 조세법률주의 등 헌법의 기본원리에 비추어 비례의 원칙이나 부당결부의 원칙에 위반되지 않아야만 적법한 것인바, 행정처분과 부관 사이에 실제적 관련성이 있다고 볼 수 없는 경우 공무원이 위와 같은 공법상의 제한을 회피할 목적으로 행정처분의 상대방과 사이에 사법상 계약을 체결하는 형식을 취하였다면 이는 법치행정의 원리에 반하는 것으로서 위법하다.’고 하면서 지방자치단체가 골프장사업계획 승인과 관련하여 사업자로부터 기부금을 지급받기로 한 증여계약은 그 조건이나

152) 부관안에 관한 협약이 아니더라도 공법상 계약에 관한 일반적인 부당결부금지원칙이 적용된다. 독일 행정절차법상으로는 첫째, 계약에 있어 특정한 목적에 합치되어야 하고, 둘째, 행정청이 공적인 과제의 충족을 위하여 기여하여야 하며, 셋째, 제반사정에 비추어 볼 때 적절하여야 하며, 넷째, 행정청의 계약적인 급부와 실질적으로 관련성을 가져야 한다. 김용섭, “부당결부금지의 원칙과 부관”, 행정판례연구 XV-II, 2010, 300-301면.

동기가 사회질서에 반하므로 민법 제103조에 의하여 무효라고 판시하였다. 위와 같은 입장은 사법상 계약의 경우에도 부관의 실질을 가진 경우라면 부당결부금지원칙을 적용하는 것으로 해석할 수 있다.¹⁵³⁾

(4) 실시협약과 실시계획의 부관

민간투자법상 실시협약을 체결한 이후에 실시계획의 부관이 부과되는 경우, 이상의 논의를 적용할 수 있을 것인가.

우선 실시협약의 내용에 따라 실시계획에 부관이 부가되는 경우, 실시협약은 ‘부관안에 관한 협약’이지만, 그 법적 성격은 독립된 공법상 계약이다. 공법상 계약이므로 당연히 부당결부금지 등 공법원리가 적용되지만, 사법상 계약이라고 하더라도 그 내용대로 부관의 부가가 이루어진 경우에는 공법원리가 적용되어야 할 것이다.

실시협약은 실시계획에 흡수되거나, 실시계획을 대체하지 않고, 실시계획과는 별개로 존재한다.¹⁵⁴⁾ 사업시행자가 실시협약과 동일한 내용의 실시계획 승인처분 또는 부관의 부가를 강제할 수단은 없고, 실시계획 승인처분이나 변경승인 거부처분에 대한 항고소송, 실시협약상 채무불이행 또는 불법행위로 인한 손해배상을 구하는 공법상 당사자소송 등을 제기할 수 있을 것이다. 그러나 위와 같은 우회적 구제수단 또한 공

153) 부관안에 관한 협약이 부당결부금지원칙에 위반되는지를 논의하기 위해서는 협약이 공법상 계약이라는 것을 전제로 하여야 한다는 견해(김용섭, “부당결부금지의 원칙과 부관”, 행정판례연구 XV-II, 2010, 302면)가 있으나, 위와 같은 대법원 판례의 입장에 비추어 볼 때 반드시 협약이 공법상 계약이어야 한다고 보기는 어렵다.

154) 사업시행자 지정행위는 실시협약의 체결행위로 이루어지기 때문에, 실시협약상 해지사유를 사업시행자 지정처분에 관한 철회권 유보의 부관으로 해석할 여지가 있었다. 그러나 실시계획 승인의 경우 실시협약의 체결 이후에 별개의 실시계획 승인신청을 주무관청이 승인하는 형식으로 이루어지기 때문에, 그 문언에 포함되어 있지 않은 실시협약의 내용이 실시계획의 부관으로 포함되었다고 해석하기는 어렵다. 나아가 실시협약의 위반행위로 인하여 사업시행자 지정처분의 철회권 유보사유가 발생하였다 하더라도, 실시계획 승인처분은 사업시행자 지정처분과는 별개의 행정처분이므로, 그 하자가 승계되어 실시계획 승인처분의 취소사유가 발생하였다고 보기도 어렵다.

법원리의 제약을 받을 수 있다.

4. 실시계획 승인 이후의 부관

사후부관은 당사자의 동의가 없는 한 원칙적으로 위법하고, 예외적인 경우에만 인정될 수 있다. 기존에 부가된 부담을 변경하는 경우에도 마찬가지이다.¹⁵⁵⁾ 부담의 상대방도 사정변경을 이유로 부담의 사후변경을 신청할 법규상, 조리상의 권리를 갖는지에 관한 판례는 찾기가 어려우나,¹⁵⁶⁾ 주된 행정처분에 부가되는 부담의 성격에 비추어 볼 때, 부담의 변경신청권을 인정하는 것은 신중할 필요가 있다고 생각된다.

민간투자법의 경우는 주무관청이 사후부관을 부가하지 않더라도 민간투자법 제47조에 기하여 실시협약과 다른 내용의 처분을 할 수 있다. 처분의 상대방은 위 처분 자체를 항고소송으로 다투면 될 것이다.

155) 행정처분에 이미 부담이 부가되어 있는 상태에서 그 의무의 범위 또는 내용 등을 변경하는 부관의 사후변경은, 법률에 명문의 규정이 있거나 그 변경이 미리 유보되어 있는 경우 또는 상대방의 동의가 있는 경우에 한하여 허용되는 것이 원칙이지만, 사정변경으로 인하여 당초에 부담을 부가한 목적을 달성할 수 없게 된 경우에도 그 목적달성에 필요한 범위 내에서 예외적으로 허용된다(대법원 1997. 5. 30. 선고 97누2627 판결).

156) 김경관, “행정청이 수익적 행정처분을 하면서 사전에 상대방과 체결한 협약상의 의무를 부담으로 부가하였는데 부담의 전제가 된 주된 행정처분의 근거법령이 개정되어 부관을 붙일 수 없게 된 경우, 위 부관의 효력”, 대법원 판례해설 제79호, 법원도서관, 2009, 720면.

제5장 단계적 행정작용과 관련된 쟁점

제1절 문제의 제기

현대사회에서는 하나의 행정목적 달성을 위하여 오랜 기간에 걸쳐 복잡다단한 행정작용이 이루어지는 경우가 많다. 민간투자법 또한 여러 단계에 걸쳐 행정계획, 행정처분, 공법상 계약 등 다양한 행정작용의 개입을 예정하고 있다. ‘단계적 행정작용’의 개념은 행정청이 실시하는 일련의 의사결정과 실행 과정을 여러 단계로 분리하여 각 단계에 맞는 행정작용의 형식과 절차, 요건과 효과를 규정하도록 함으로써 각 단계별로 적법·타당한 행정을 도모할 수 있도록 한다. 이로써 행정청의 내부적 의사결정이나 사실행위에 불과했던 것들이 외부에 드러나게 되어 행정청의 공공성과 공정성이 보다 높아지고, 각 단계별로 위법성의 통제가 가능하게 되므로 뒤늦게 여러 단계의 절차를 반복할 필요도 없어진다. 그러나 한편으로는 이전 단계와 다음 단계가 분리됨으로써 행정처분의 불가쟁력 등으로 인하여 이전 단계의 위법성을 다투지 못하게 되는 경우가 생길 수 있고, 하나의 행정목적 달성을 위한 것임에도 중간에 근거법령이 변경되거나 사정변경이 발생하는 등으로 연속성 단절이나 신뢰보호의 문제가 생길 수 있다.

단계적 행정작용과 관련하여 크게 쟁점이 되는 것은 두 가지이다. 하나는 선행 행정작용의 하자를 이유로 후행 행정작용의 위법성을 다투는 경우이고, 또 하나는 일련의 행정작용들이 모두 완료되기 전에 근거법령이 변경된 경우이다. 기존의 학설과 판례에 더하여, 민간투자법상 공법상 계약과 행정처분을 단계적 행정작용의 관점에서 재조명함으로써 양자의 관계를 좀 더 입체적으로 이해할 수 있을 것이다.

제2절 하자의 승계

1. 행정처분 사이의 하자승계

(1) 문제의 제기

민간투자법상 참가자격제한처분, 우선협상대상자 지정처분, 사업시행자 지정처분, 실시계획 승인처분이 순차적으로 이루어진 경우, 선행 행정처분의 하자를 이유로 후행 행정처분의 취소를 구할 수 있을 것인가? 선행 행정처분의 하자가 중대·명백하여 무효인 경우에는 후행 행정처분도 무효가 되고, 제소기간의 제한도 없다. 그러나 선행 행정처분의 하자가 취소사유에 불과하고 그 제소기간이 도과하였다면, 선행 행정처분에 불가쟁력이 발생하였음에도 불구하고 후행 행정처분에 관한 쟁송에서 선행 행정처분의 하자를 주장할 수 있는지가 문제된다. ‘하자승계론’은 이에 관한 논의이다.

(2) 학설과 판례

다수설의 입장은 하자승계론을 긍정하나, 이를 ‘하자의 승계’가 아니라 ‘행정행위의 구속력(규준력)’이라는 관점에서 파악하는 견해도 있다. 선행 행정행위와 후행 행정행위가 동일한 법적 효과를 추구하는 경우에 불가쟁력이 생긴 선행행위는 후행행위에 대하여 일정한 범위에서 규준력 또는 기결력이 생겨 그 범위 안에서는 선행 행정행위의 효과와 다른 주장을 할 수 없으나, 다만 수인가능성과 예측가능성에 비추어 규준력의 효과를 차단할 수 있는 경우가 있다는 것이다.¹⁵⁷⁾

대법원 판례는 단계적 행정처분과 관련하여, 2개 이상의 행정처분이 연속적 또는 단계적으로 이루어지는 경우 선행처분과 후행처분이 서로 합하여 1개의 법률효과를 완성하는 때에는 선행처분에 하자가 있으면 그 하자는 후행처분에 승계되고, 이러한 경우에는 선행처분에 불가쟁력이 생겨 그 효력을 다룰 수 없게 되더라도 선행처분의 하자를 이유로 후행처분의 효력을 다룰 수 있다고 보고 있다.¹⁵⁷⁾ 그러나 후자가 전자의 처분을 전제로 한 것이기는 하나 각각 단계적으로 별개의 법률효과를 발생하는 독립한 행정처분인 경우 선행처분에 불가쟁력이 생기면 선행처분에 위법사유가 있다고 할지라도 그것이 당연무효 사유가 아닌 한 선행처분의 하자가 후행처분에 승계되는 것은 아니고, 선행처분의 하자가 중대하고 명백하여 당연무효인 경우를 제외하고는 선행처분의 하자를 이유로 후행처분의 효력을 다룰 수 없다고 한다.¹⁵⁸⁾ 그러나 선행처분과 후행처분이 서로 독립하여 별개의 효과를 목적으로 하는 경우에도 선행처분의 불가쟁력이나 구속력이 그로 인하여 불이익을 입게되는 자에게 수인한도를 넘는 가혹함을 가져오며, 그 결과가 당사자에게 예측가능한 것이 아닌 경우에는 국민의 재판받을 권리를 보장하고 있는 헌법의 이념에 비추어 선행처분의 후행처분에 대한 구속력은 인정될 수 없다고 본다.¹⁶⁰⁾

(3) 민간투자법상 행정처분의 하자승계

다수설과 판례에 의하면 결국 ‘선행처분과 후행처분이 서로 합하여 1개의 법률효과를 완성하는 때’ 하자승계가 인정된다. 그러나 실무상 선행처분과 후행처분이 ‘1개의 법률효과’를 완성하는 것인지에 관하여는

157) 김남진/김연태, 행정법 I, 법문사, 2015, 327-328면.

158) 대법원 2017. 7. 18. 선고 2016두49938 판결 등 참조.

159) 대법원 1996. 3. 22. 선고 95누10075 판결 등 참조.

160) 대법원 1994. 1. 25. 선고 93누8542 판결 등 참조.

자주 다툼이 있다.

우선협상대상자 선정과정에서 1단계 사전자격심사처분과 우선협상대상자 지정처분이 서로 결합하여 하나의 법률효과를 발생시킨다고 본 대법원 판례가 있다.¹⁶¹⁾ 그러나 위 판례가 참가자격제한처분과 우선협상대상자 지정처분 사이에서도 그대로 적용된다고 볼 수 있을지는 의문이다.

우선협상대상자 지정처분과 사업시행자 지정처분에 관한 대법원 판례는 아직 나오지 않았으나, ‘사업시행자의 지정’이라는 하나의 법률효과를 목적으로 하므로 하자의 승계가 가능하다는 견해가 제시되고 있다.¹⁶²⁾

한편 대법원 2009. 4. 23. 선고 2007두13579 판결, 대법원 2009. 4. 23. 선고 2007두13166 판결은 사업시행자 지정처분의 하자가 실시계획 승인처분에 승계되지 않는다고 보았다. 특정 사업의 시행자를 지정하는 것과 그 사업의 구체적인 실시계획을 승인하는 것은 독립된 별개의 법률효과로, 하자가 승계되지 않는다고 봄이 타당하다.

2. 공법상 계약과 행정처분 사이의 하자승계

행정작용은 그 형식에 따라 하자의 종류, 사유, 제소기간, 쟁송방식 등을 달리하므로, 선행 행정작용의 하자가 당연히 후행 행정작용의 하자가 되는 것은 아니다. 통설 역시 하자승계론은 행정행위 사이에서만 문제된다고 본다. 공법상 계약과 행정처분도 상호간에 하자가 당연히 승계된다고 보기는 어렵지만, 선행 행정작용의 위법성이 상대방에게 영향을 미치는 경우 후행 행정작용 자체의 하자로서 문제될 여지는 있다.

첫째, 참가자격제한처분이나 우선협상대상자 지정처분에 하자가 있다

161) 대법원 2011. 4. 14.자 2010무190 결정.

162) 윤성철/홍성필, 민간투자사업분쟁관계법, 도서출판 법과교육, 2014, 409면.

고 하여 실시협약이 당연히 위법해지는 것은 아니나, 그 하자가 계약의 취소, 해제, 해지사유에 해당한다면 실시협약을 취소하거나 해제·해지할 수 있다. 예를 들어 우선협상대상자 지정 과정에 후보자의 기망행위가 개입하는 등으로 그 하자가 실시협약의 민법상 취소사유에도 해당한다면, 행정처분의 제소기간이 도과한 이후에도 민법상 취소권의 행사기간 내에서는 실시협약을 취소할 수 있다. 또한 공법상 계약의 경우 사정변경이나 공익을 이유로 한 해지권 행사가 폭넓게 허용되므로, 실시협약의 해지사유에 해당할 가능성도 검토해볼 수 있다.

둘째, 사업시행자 지정처분과 실시협약은 외견상 계약의 체결이라는 1개의 행위로 이루어져 있으므로, 일방의 하자가 타방에게 영향을 미친다는 개념보다는 일방의 하자로 평가되는 부분이 타방의 하자에 해당할 수 있는지가 주로 문제된다.¹⁶³⁾ 이론적으로 사업시행자 지정처분이 실시협약에 선행하는 것으로 본다고 하더라도, 양자가 작용형식을 달리하는 이상 하자가 당연히 승계된다고 보기는 어렵다. 사업시행자 지정처분의 절차적 하자를 주장하는 경우에는 앞서 본 바와 같이 계약의 취소 등 사유에 해당할 가능성이 있다. 사업시행자 지정처분의 내용적 하자를 주장하는 경우에는 실시협약 자체의 내용상 하자에 해당할 가능성은 있지만, 이는 사업시행자 지정처분이 실시협약의 내용을 포함한다는 전제를 필요로 한다는 점, 그리고 제3자가 실시협약의 하자를 주장하여 실시협약의 재송취소를 구하는 것은 현행법상 불가능하다는 점은 유의하여야 한다.

셋째, 실시협약의 내용 중 실시계획 승인처분에 포함된 내용이 있다면 실시계획 승인처분에 관한 재송을 통하여 실시협약의 내용을 실질적으로 다룰 수 있게 된다.¹⁶⁴⁾ 이 때 승인된 실시계획의 내용상 하자는 실시협

163) 자세한 내용은 제3장 제4절을 참조.

164) 사업시행자 지정처분의 하자는 실시계획 승인처분에 승계되지 않는다는 것이 대법원 판례의 입장이나, 승인된 실시계획에 반영된 실시협약의 내용을 다투는 것은 가능하다고 할 것이다.

약의 하자가 승계된 것이 아니라, 실시계획 승인처분 자체의 하자이다.

위와 같이 후행행정작용의 위법성을 다툼에 있어 후행행정작용과 다른 형식을 띤 선행행정작용의 하자를 주장하는 것은 위법성 판단의 기준, 제소기간, 쟁송방식 등을 달리함으로 인한 문제가 발생할 수 있다. 특히 제소기간과 관련된 문제를 예로 들면, 실시협약의 민법상 취소권의 제척 기간은 항고소송의 제소기간보다 훨씬 길기 때문에, 법률관계의 조속한 확정을 통한 법적 안정성의 도모가 어려워질 수 있다. 이에 관하여는 공법상 계약의 특성에 기초한 취소권 행사 등의 제한이 이루어져야 할 것으로 보인다.

제3절 근거법령이 변경된 경우

1. 문제의 제기

단계적 행정작용의 경우 시행에 장기간이 소요되므로 중도에 근거법령이 변경되는 경우도 적지 않다. 이러한 경우에 적용되어야 할 법령은 어느 것인지, 신법을 기준으로 삼아야 하는 경우에도 사업시행자의 신뢰보호를 위하여 구법의 적용을 긍정할 수 있는지 등이 쟁점이 된다. 구체적으로는 실시협약을 체결한 이후 실시계획 승인 이전에 근거법령이 변경된 경우, 부관을 부가한 이후에 그 근거규정이 소멸한 경우 등이 문제될 수 있다.

2. 실시협약 체결(사업시행자 지정처분) 이후에 근거법령이 변경되어 실시협약대로의 실시계획 승인이 불가능한 경우

(1) 근거법령과 관련된 원칙

행정처분은 그 근거 법령이 개정된 경우에도 경과규정에서 달리 정함이 없는 한 처분 당시 시행되는 법령과 그에 정한 기준에 의하는 것이 원칙이다. 개정 법령이 기존의 사실 또는 법률관계를 적용대상으로 하면서 국민의 재산권과 관련하여 종전보다 불리한 법률효과를 규정하고 있는 경우에도 그러한 사실 또는 법률관계가 개정 법령이 시행되기 이전에 이미 완성 또는 종결된 것이 아니라면 개정 법령을 적용하는 것이 헌법상 금지되는 소급입법에 의한 재산권 침해라고 할 수는 없다. 다만 개정 전 법령의 존속에 대한 국민의 신뢰가 개정 법령의 적용에 관한 공익상의 요구보다 더 보호가치가 있다고 인정되는 경우에 그러한 국민의 신뢰를 보호하기 위하여 그 적용이 제한될 수 있는 여지가 있을 따름이다.¹⁶⁵⁾ 그러나 개정 법령이 시행되기 이전에 이미 완성 또는 종결된 사실관계 또는 법률관계에 대하여는 개정 전 법령을 적용하여야 한다.¹⁶⁶⁾

공법상 계약의 경우도 체결 당시 시행되는 법령을 기준으로 삼아야 할 것이나, 강행규정이 아닌 한 당사자의 합의로 이를 배제할 수 있다는 점에서 행정처분보다는 그 내용의 자유가 넓게 인정된다.

(2) 근거법령이 개정된 경우

법령에는 원칙적으로 소급효가 없으므로, 기존 처분은 당시의 법령과의 관계에서 판단하여 적법한 것으로 볼 것이며, 또한 상대방의 신뢰보호의 관점에서 볼 때에도 당해 처분은 원칙적으로는 존속되어야 할 것이다. 그러나 당해 처분은 새 법령과의 관계에서는 위법한 것이므로, 공

165) 대법원 1995. 11. 21. 선고 94누10887 판결, 대법원 2009. 4. 23. 선고 2008두8918 판결 등 참조.

166) 대법원 1993. 5. 11. 선고 92누18399 판결, 대법원 2002. 12. 10. 선고 2001두3228 판결 등 참조.

익상의 정당한 사유가 있는 때에는 그에 대한 철회가 허용된다.¹⁶⁷⁾

이는 공법상 계약의 경우에도 마찬가지이다. 계약의 효력에 관하여는 그 체결 당시의 법률이 적용되어야 하고, 계약이 일단 구속력을 갖게 되면 원칙적으로 그 이후 제정 또는 개정된 법률의 규정에 의하여서도 변경될 수 없으며, 예외적으로 입법에 의한 변경을 하거나 계약 체결 후에 제정 또는 개정된 법률에 의하여 계약 내용이 변경되는 것으로 해석한다고 하더라도, 그러한 입법 내지 법률의 해석에는 계약침해 금지나 소급입법 금지의 원칙상 일정한 제한을 받는다.¹⁶⁸⁾

(3) 단계적 행정작용의 도중에 근거법령이 변경된 경우

단계적 행정작용 도중에 근거법령이 변경되는 경우, 기존에 이루어진 처분이 적법하다 하더라도 이후에 예정되어 있는 처분의 요건 등이 변경됨으로서 사업시행자가 예상하지 못한 불이익이 발생할 수 있고, 기존의 처분이 철회될 위험도 생겨난다. 이런 때에는 개정 전 법령의 존속에 대한 사업시행자의 신뢰도 보호할 필요가 있다.

대법원 2001. 8. 21. 선고 2000두8745 판결은 비관리청(항만공사의 사업시행자)이 항만공사 시행허가를 받은 이후 항만시설 준공시까지 사이에 비관리청의 항만시설 무상사용권의 범위와 관련된 총사업비에 포함되는 건설이자율에 관한 항만법시행령이 비관리청에게 불리하게 개정된 경우, 개정 전 항만법 시행령이 적용될 것을 전제로 사업계획을 세운 비관리청의 신뢰가 개정된 시행령을 적용하여야 할 공익상의 요구보다 더 보호할 만한 가치가 있다는 이유로, 비관리청의 항만시설 무상사용권의 범위와 관련된 총사업비의 산정은 개정 전 항만법 시행령을 적용하여야 한다고 보았다. 개정 전의 시행령이 적용될 것으로 믿은 사업시행자

167) 김동희, 행정법 I, 박영사, 2017, 368면.

168) 대법원 2002. 11. 22. 선고 2001다35785 판결.

의 신뢰가 개정된 시행령의 적용에 관한 공익상의 요구보다 더 보호가치가 있다고 인정하여 개정된 시행령의 적용을 제한한 것이다.

(4) 민간투자법의 분석

1) 근거법령이 변경된 경우의 실시계획 승인처분

원칙적으로 실시계획 승인처분의 근거법령은 승인 당시에 시행되고 있는 법령이다. 사업시행자 지정처분 이후에 근거법령이 변경되어 실시계획의 승인이 불가능하게 된 경우, 개정 전 법령이 적용될 것을 전제로 사업계획을 세운 사업시행자의 신뢰가 개정법령을 적용하여야 할 공익상의 요구보다 더 보호할 만한 가치가 있는 경우에만 예외적으로 개정법령의 적용이 제한될 것이다. 그러나 사업시행자 지정처분 단계에서는 사업계획이 충분히 구체화되었다고 보기 어려우므로, 현행법을 근거로 한 실시계획 승인처분 취소소송에서 신뢰보호를 이유로 승소할 가능성은 높지 않을 것으로 보인다.

2) 근거법령이 변경된 경우의 실시협약

공법상 계약인 실시협약의 경우 근거법령이 변경되었다고 하더라도 강행규정¹⁶⁹⁾이 아닌 한 원칙적으로는 계약 내용대로의 구속력을 갖고, 예외적인 경우에만 개정된 법률에 의하여 계약의 내용이 변경되는 것으로 해석할 수 있으므로, 실시협약의 내용이 당연히 변경된다고 볼 것은 아니다. 그러나 반대로, 신뢰보호를 이유로 하여 실시계획 승인처분에 예외적으로 구법의 적용을 긍정할 수 있는 경우가 아니라면, 실시협약의 내용이 유효함을 전제로 개정된 법령에 반하는 실시계획 승인거

169) 개정된 근거법령이 강행규정인 경우 그에 반하는 매매계약은 효력이 없다. 아래 3.항의 대법원 2009. 6. 11. 선고 2008다20751 판결 참조.

부처분의 취소를 구하거나, 실시협약상 채무의 강제이행을 구하는 것도 불가능하다고 해석함이 타당하다. 이는 개정된 법령의 취지에 맞지 않을 뿐만 아니라, 실시협약상 채무이행, 즉 사회기반시설사업의 시행은 후행 행정작용인 실시계획의 승인을 필수요건으로 한다는 점에서도 그러하다.¹⁷⁰⁾ 이러한 경우 사정변경 등을 이유로 한 해지권의 행사 등을 폭넓게 인정하고, 일방의 귀책사유가 있는 경우에는 손해배상책임을 인정하여야 할 것이다.

3. 실시협약의 부관과 관련된 문제

(1) 부관의 근거법령이 소멸되거나 개정되는 경우

대법원 2009. 2. 12. 선고 2005다65500 판결은 ‘행정청이 수익적 행정처분을 하면서 부가한 부담의 위법 여부는 처분 당시 법령을 기준으로 판단하여야 하고, 부담이 처분 당시 법령을 기준으로 적법하다면 처분 후 부담의 전제가 된 주된 행정처분의 근거 법령이 개정됨으로써 행정청이 더 이상 부관을 붙일 수 없게 되었다 하더라도 곧바로 위법하게 되거나 그 효력이 소멸하게 되는 것은 아니다. 따라서 행정처분의 상대방이 수익적 행정처분을 얻기 위하여 행정청과 사이에 행정처분에 부가할 부담에 관한 협약을 체결하고 행정청이 수익적 행정처분을 하면서 협약상의 의무를 부담으로 부가하였으나 부담의 전제가 된 주된 행정처분의 근거 법령이 개정됨으로써 행정청이 더 이상 부관을 붙일 수 없게 된 경우에도 곧바로 협약의 효력이 소멸하는 것은 아니다.’라고 판시하였다.

위 대법원 판례는 행정처분은 경과규정에서 달리 정함이 없는 한 처분 당시 시행되는 법령과 그에 정한 기준에 의한다는 원칙에도 부합하

170) 실시협약상 실시계획의 승인대상이 되는 채무는 실시계획 승인조건부 채무로 해석하여야 한다. 실시협약과 실시계획이 불일치하는 경우의 법률문제는 제4장 참조.

고, 또한 수익적 행정처분의 부관은 반드시 법령의 근거를 필요로 하는 것도 아니라는 점에서 타당하다.

한편, 대법원 2009. 6. 11. 선고 2008다20751 판결은 개정된 법령의 규정을 강행규정으로 보아, 기존 승인조건을 구체화한 매매계약의 체결을 무효로 보았다. 위 판례의 사실관계는 다음과 같다. 구 주택건설촉진법(2003. 5. 29. 법률 제5916호 주택법으로 전문개정되어 2003. 11. 30. 시행되기 전의 것)에 기초한 사업계획승인 당시 ‘사업계획승인 후 용도폐지 대상 공공용지(도로)는 사업계획승인 후 용도폐지 관련규정 절차를 거쳐 착공 전까지 소유권을 확보할 것’이라는 조건이 부가되었다. 이후에 도시 및 주거환경정비법(이하 ‘도시정비법’이라 한다)이 제정·시행되었는데, 도시정비법 부칙 제7조 제1항은 ‘종전 법률에 의하여 사업계획의 승인이나 사업시행인가를 받아 시행 중인 것은 종전의 규정에 의한다’라고 규정하였고, 도시정비법 제65조 제2항은 ‘정비사업의 시행으로 인하여 용도가 폐지되는 국가 또는 지방자치단체 소유의 정비기반시설은 그가 새로이 설치한 정비기반시설의 설치비용에 상당하는 범위 안에서 사업시행자에게 무상으로 양도된다’라고 규정하였다. 용도폐지 대상 공공용지에 관한 매매계약의 효력 유무가 다투어진 사안에서, 대법원은 재건축조합의 경우 도시정비법 부칙 제7조 제1항은 ‘사업시행방식’에 해당하는 사항에 관하여만 적용되고, 도시정비법 제65조 제2항은 그에 해당하지 않는 사항으로서 강행규정이어서 위 매매계약이 무효라고 판시하였다.

위 대법원 판례는 기존의 적법·유효한 사업승인조건을 구체화하는 내용의 계약이 계약체결 당시의 강행규정 위반으로 무효라고 보았다. 만약 위 매매계약이 사업승인조건과 불가분의 일체라고 판단하였다면 앞서 본 2005다65500 판결과 같이 처분 당시를 기준으로 근거법령의 존부를

판단하였을 것인가? 위 매매계약이 사업승인 이전에 체결되었다면 부관안에 관한 협약으로서 유효하다고 보았을 것인가? 만약 개정된 법령이 강행규정이 아니었다면 위 매매계약이 유효하다고 보았을 것인가? 2008다20751 판결의 사실관계는 행정처분과 부관의 부가 이후 부관과 배치되는 강행규정이 새로 도입되었고, 그 이후에 부관을 구체화하는 계약이 체결된 것인 반면, 2005다65500 판결의 사실관계는 부관과 관련된 협약을 체결한 이후에 행정처분과 그에 부합하는 부관이 부가되었고, 그 이후에 부관의 근거법령이 소멸한 것이다. 양자의 사실관계가 다른 만큼, 대법원이 양자를 다르게 판단한 원인이 정확히 무엇인지 단정하기는 어렵다.

다만 2008다20751 판결과 같이 개정된 법령을 적용하는 경우에도 당사자의 신뢰보호 등에 기하여 개정된 법령의 적용이 제한될 수 있을 것이다. 2008다20751 판결의 경우는 매매계약을 무효로 보는 것이 행정처분의 상대방에게 유리하였기 때문에, 개정된 법령의 적용을 제한할 이유는 없었던 것으로 보인다.

(2) 불확정 부관의 문제

행정처분 이후의 법령 변경을 예정하여 추가적인 의무를 이행하도록 하는 ‘불확정 부관¹⁷¹⁾’을 부가하는 경우도 있을 수 있다. 이러한 경우 부관과 관련하여 제소기간의 기산점을 더 유연하게 해석하거나, 부관의 무효사유를 넓게 해석하거나, 그 독립취소가능성을 인정하여야 한다는 견해도 제시되고 있다.¹⁷²⁾ 위 견해는 단계적 행정작용의 도중에 부당한 내

171) 이승민, “불확정 부관(개방형 부관)에 관한 법적 검토”, 행정법연구 제48호, 2017, 156-157면.

172) 부관의 한계를 벗어나지 않은 것으로 볼 수 있는 경우로는 ① 부관 부가 당시 그 내용을 특정하기 곤란한 특별한 사정이 있거나 본체인 행정행위의 목적 달성을 위해 ‘불확정 부관’이 불가피하거나 매우 유용한 수단이 됨이 명백한 경우로서, 수허가자에게 추가적인 불이익을 야기

용의 불확정 부관이 부가되고, 위 부관의 부준수를 이유로 후행처분이 이루어지지 않는 경우에 선행처분과 그 부관 전체에 대해 불가쟁력을 인정하고 후행처분에서 하자의 승계를 부정하는 대법원 판례를 비판한다.¹⁷³⁾

선행처분의 부관이 후행처분 당시의 법령변경을 예정하고 있다 하더라도 그 변경내용에 따라서는 여전히 선행처분 당시 상대방의 신뢰가 공익상의 필요보다 더 중요한 경우가 있을 수 있다. 현행법과 대법원 판례의 입장에서 절차적으로 제소기간의 연장이나 부관의 독립취소가능성이 인정되기는 어려울 것이나, 실제적으로 하자승계론에서 제시된 법리와 같이 선행처분의 불가쟁력이나 구속력이 그로 인하여 불이익을 입게 되는 자에게 수인한도를 넘는 가혹함을 가져오며, 그 결과가 당사자에게 예측 가능한 것이 아닌 경우에는 선행처분의 구속력을 제한¹⁷⁴⁾하고, 선행처분의 부관 내용을 제한적으로 해석하거나, 신뢰보호원칙 등을 적용하는 방안을 고려해 볼 수 있다.

(3) 민간투자법의 분석

1) 사업시행자 지정처분에 부관이 부가된 경우

실시협약의 내용대로 사업시행자 지정처분에 부관의 부가가 이루어졌다고 의제되는 경우가 있다.¹⁷⁵⁾ 부관의 근거법령이 소멸되었다 하더라도 실시협약의 효력이 당연히 소멸하지는 않지만, 위 부관의 내용과

하지 않는 경우 또는 ② 수허가자의 자율적인 의사에 따라 스스로 ‘불확정 부관’을 요청한 경우 정도에 한정된다고 한다. 이승민, “불확정 부관(개방형 부관)에 관한 법적 검토”, 행정법연구 제48호, 2017, 162-163면.

173) 이승민, “불확정 부관(개방형 부관)에 관한 법적 검토”, 행정법연구 제48호, 2017, 172-173면.

174) 대법원 1994. 1. 25. 선고 93누8542 판결 등 참조.

175) 부산지방법원 2017. 6. 1. 선고 2016구합23876 판결 참조.

불일치하는 강행규정이 도입되는 경우에는 실시협약이 무효가 될 수 있다.

2) 실시협약에 따라 실시계획 승인처분에 부관이 부가된 경우

실시협약의 내용에 따라 실시계획 승인처분에 부관의 부가가 이루어진 경우, 실시협약의 해당 부분을 대법원 판례가 제시하는 ‘부관안에 관한 협약’으로 볼 수도 있다. 부관안에 관한 협약에 대하여도 부관에 관한 법리가 적용되나, 이는 승인된 실시계획이 실시협약을 대체하거나, 양자가 불가분의 일체를 이루기 때문이 아니라, 협약 자체에 공법원리가 적용되기 때문이다.

부관안에 관한 협약이 독립된 계약인 경우 그 후에 부과되는 행정처분과 부관은 단계적 행정작용에 해당한다. 부관안에 관한 협약 이후 법령이 개정되어 협약대로의 부관 부가가 불가능하게 된 경우, 구법의 적용을 긍정할 수 있는 예외적인 경우가 아닌 한 협약에 따른 채무의 이행을 구하는 것은 불가능하고, 귀책사유 유무에 따라 손해배상을 청구할 수 있을 뿐이다.

3) 불확정부관

‘앞으로 변경되는 법령을 포함하여 모든 법령을 준수한다’는 내용의 부관이 부가되는 경우를 상정할 수 있다. 그러나 위와 같은 부관을 부가한 이후에 개정된 법령을 근거로 기존의 처분을 취소하거나 후행처분을 거부하는 것은 단계적 행정작용의 과정에서 당사자의 신뢰를 지나치게 침해할 수 있다는 점에서 바람직하지 않다. 개정된 법령이 예측 불가능한 것으로서 수인한도를 넘는 불이익을 가져온다면 그 적용은 제한되어야 한다.

제6장 결론

행정작용은 날로 복잡다단해지고 있다. 공법상 계약과 행정처분 등 작용형식과 적용원리를 달리하는 행정작용이 혼재하거나 혼용되는 경우는 앞으로 더 늘어날 것이다.

행정작용을 단계별로 분리하여 규율하는 것은 각 단계에서의 행정작용을 명확히 드러내어 공법적 통제를 가능하게 한다는 점에서 바람직하다. 공법상 계약에 개입하는 행정작용 중 행정처분으로서의 요건을 갖춘 것은 적극 각 단계의 행정처분으로 인정하여 공법적 통제를 가할 필요가 있다. 그러나 공법상 계약에 행정처분이 개입하는 경우, 효력이나 위법성 판단의 기준, 쟁송방식 등의 불일치로 인하여 다양한 문제가 발생할 수 있다. 이론적으로 볼 때 작용형식을 달리하는 행정작용이 당연히 불가분의 일체를 이룬다거나, 일방이 타방을 대체하여 그 효력을 함께한다고 해석하기는 어렵다. 그러나 양자는 동일한 행정목적을 달성하기 위한 단계적 행정작용이라는 점이 충분히 고려되어야 한다.

민간투자법상 실시협약에 개입하는 참가자격제한, 우선협상대상자 지정, 사업시행자 지정, 실시계획 승인은 모두 행정처분으로 파악함이 타당하다. 실시협약과 내용이나 위법성 판단이 불일치할 가능성이 있는 사업시행자 지정, 실시계획 승인과 관련하여서는 실시협약상 채무를 행정처분 조건부 채무로 해석하는 등으로 양자의 조화로운 해석을 도모하여야 한다. 공법상 계약과 행정처분의 하자승계나 근거법령의 변경 문제와 관련하여서도 단계적 행정절차, 공법상 계약과 행정처분의 특성을 충분히 고려한 판단이 이루어져야 한다.

공법상 계약과 행정처분의 차이점과 구별기준에 관한 연구는 많이 이루어져 있으나, 양자가 동일한 사실관계에 적용되는 경우 위법성 판단을

달리함으로 인한 문제나, 단계적 행정작용의 과정에서 양자에 의한 권리 의무가 일치하지 않는 경우의 문제에 관한 연구는 충분히 이루어지지 않은 것으로 보인다. 앞으로 이를 해결하기 위한 입법적·이론적 논의가 보다 활발하게 이루어지기를 바란다.

참고문헌

1. 단행본

- 김남진/김연태, 「행정법 I」, 법문사, 2015.
- 김대인, 「행정계약법의 이해」, 경인문화사, 2011.
- 김동희, 「행정법 I」, 박영사, 2017.
- 류지태/박종수, 「행정법신론」, 박영사, 2016.
- 박정훈, 「행정법의 체계와 방법론」, 박영사, 2005.
- 윤성철/홍성필, 「민간투자사업분쟁관계법」, 도서출판 법과교육, 2014.
- 서순성/김기식, 「사회기반시설에 대한 민간투자법 이론과 실무해설」, 삼일인포마인, 2016.
- 이원우, 「경제규제법론」, 홍문사, 2010.
- 정준현, 「행정작용의 법형식에 관한 연구」, 고려대학교 대학원, 1991.

2. 논문

- 장지은, “프랑스 행정법상 ‘분리가능행위’에 관한 소고”, 행정법연구 제 30호, 2011.
- 길준규, “민간투자사업에서의 공공성과 경제성 확보방안”, 토지공법연구 66집, 2014.
- 김대인, “공법상 계약 관련 판례에 대한 고찰”, 특별법연구 9권, 사법발전재단, 2011.
- 김경란, “공법상 계약, 주된 행정행위에 부가된 부담 및 부담에 갈음한 합의”, 재판실무연구 제5권, 수원지방법원, 2013.
- 김경란, “행정청이 수익적 행정처분을 하면서 사전에 상대방과 체결한 협약상의 의무를 부담으로 부가하였는데 부담의 전제가 된 주된 행정처분의 근거법령이 개정되어 부관을 붙일 수 없게 된 경우,

- 위 부관의 효력”, 대법원 판례해설 제79호, 법원도서관, 2009.
- 김병기/황선훈, “독일 이단계이론에 대한 법적 소고”, 중앙법학 17집 2호, 2015.
- 김용섭, “부당결부금지의 원칙과 부관”, 행정판례연구 XV-II, 2010.
- 김재호, “단계적 행정행위 소고”, 토지공법연구 제51집, 한국토지공법학회, 2010.
- 김정중, “2013년 일반 행정 분야 주요 판례”, 특별법연구 11권, 특별소송실무연구회, 2014.
- 김중보, “건축법과 민사법의 접점”, 중앙법학 제4집 제2호, 2002. 09.
- 김중권, “민간투자사업자지정의 절차법적 문제점”, 행정판례연구 XVI-I, 2011.
- 박정훈, “행정법의 구조변화로서의 참여와 협력 - 독일에서의 이론적 논의를 중심으로”, 공법연구 제30집 제5호, 2002.
- 백윤기, “당사자소송의 대상”, 행정판례연구 IV, 1999.
- 백윤기, “시립무용단원 위촉의 법적 성질”, 행정판례평선, 박영사, 2011.
- 조철호, “사회기반시설에 대한 민간투자법상 실시협약의 법적 성질과 소송방법”, 인권과 정의 384호, 2008.
- 윤성철, “민간투자사업의 구조와 쟁송형식”, 2015 판례연구(제29집 2권), 서울지방변호사회, 2016.
- 이상덕, “합의 불이행을 이유로 합의에 근거하여 한 직권감차명령의 처분성”, 대법원 판례해설 제110호, 법원도서관, 2017.
- 이승민, “불확정 부관(개방형 부관)에 관한 법적 검토”, 행정법연구 제48호, 2017.
- 이원우, “정부기능의 민영화를 위한 법적 수단에 대한 고찰”, 행정법연구 3호, 1998.
- 최계영, “민간기업에 의한 수용”, 행정판례연구 16-1집, 박영사, 2016.
- 등

Abstract

Research on the Relationship between Public Law Contract and Administrative Disposition Subject to APPI

Kwon, Ju-yeon

Graduate School of Law
Seoul National University

Act on Public-private Partnerships in Infrastructure (APPI) premises 'concession agreements', contract between government agencies and individuals as the basis for infrastructure projects. Contract subject to APPI should be interpreted as 'public law contract', distinguished from private law contract.

In the process of infrastructure projects, many administrative measures intervene before, in and after the public law contract for the purpose of ensuring the public interests.

Firstly, prior to the concession agreement, the agency can limit the qualification for participation on unjust concessionaire. Then the agency shall designate one of the proposers as a potential concessionaire. These measures shall be construed as 'administrative dispositions' which is admissible to appeals suit, in order to protect the integrity and transparency of the agency at each stage, and to prevent the inefficiency to repeat the whole

process.

Secondly, the agency shall designate a concessionaire by making a concession agreement with potential concessionaire under APPI. Theoretically, the designation itself can constitute an administrative disposition apart from the agreement. Whereas the administrative disposition and the public law contract are not subject to the identical rules, principals and suits, they should be interpreted in harmony and accordingly, considering that they should have the same fate in the project to achieve the purpose of APPI.

Thirdly, the concessionaire shall obtain the approval of a detailed implementation plan. The approval should be interpreted as administrative disposition, and the approved plan shall be the standard for the project. If the details of the approved plan happens to be inconsistent with the concession agreement, the approved plan should have priority over the concession agreement, for the approved plan is indispensable in the multi-staged administrative measures under APPI.

Key Words: Act on Public-private Partnerships in Infrastructure (APPI), Concession Agreement, Designation of Concessionaire, Approval of Implementation Plan, Public Law Contract, Administrative Disposition

Student number: 2010-21319